



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO

MARIANA AMARAL CARVALHO

**CAPITALISMO DE VIGILÂNCIA: A PRIVACIDADE NA SOCIEDADE DA
INFORMAÇÃO**

SÃO CRISTÓVÃO/SE

2019

MARIANA AMARAL CARVALHO

**CAPITALISMO DE VIGILÂNCIA: A PRIVACIDADE NA SOCIEDADE DA
INFORMAÇÃO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito – PRODIR da Universidade Federal de Sergipe como requisito parcial à obtenção de título de mestre em Direito.

Área de Concentração: Constitucionalização do Direito.

Linha de Pesquisa: Processo de Constitucionalização dos Direitos e Cidadania: aspectos teóricos e metodológicos.

Orientador: Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva.

SÃO CRISTÓVÃO/SE

2019

MARIANA AMARAL CARVALHO

**CAPITALISMO DE VIGILÂNCIA: A PRIVACIDADE NA SOCIEDADE DA
INFORMAÇÃO**

Aprovada em: ____/____/____

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito – PRODIR da Universidade Federal de Sergipe como requisito parcial à obtenção de título de mestre em Direito à seguinte banca examinadora.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - Universidade Federal de Sergipe

Orientador

Prof. Dr. Manoel Jorge e Silva Neto – Universidade Federal da Bahia – UFBA

Avaliador Externo

Profa. Dra. Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de Souza – Universidade Tiradentes

Avaliadora Externa

SÃO CRISTÓVÃO/SE

2019

Aos meus companheiros de vida: Lipe e Don.

AGRADECIMENTOS

Em um coração grato, habitará a felicidade. Dessa forma, quero expressar a minha gratidão a todos que foram essenciais para a conclusão desta dissertação:

A Deus, por ser o meu suporte através da fé.

Aos meus pais, primeiros apoiadores e incentivadores da minha caminhada nos estudos.

A Felipe, meu amor, minha fonte de inspiração e meu porto seguro.

Às minhas irmãs, pela torcida e amizade.

Ao meu tio Tinho, por ser, mesmo distante, sempre presente em minhas conquistas.

A Marcão e Clau, extensões dos meus pais, pela força e pelo estímulo.

Às minhas avós, por continuarem adoçando a minha vida mesmo em outro plano.

Aos meus avôs, pelo entusiasmo e amor.

Aos meus sogros e cunhados, pelo acolhimento e carinho.

Ao meu orientador, Professor Dr. Lucas Gonçalves da Silva, pela ajuda, amizade e incentivo durante toda essa jornada acadêmica.

Aos meus amigos pela companhia e compreensão durante a imersão na pesquisa.

Aos meus colegas de mestrado pelo companheirismo, apoio e reflexões, em especial Tatiana, Carlos Pinna, Ana Patrícia, Brício, Carla Vanessa, Christiane, José Leite e Marcinha.

A todos os professores do Mestrado, por contribuírem para o meu amadurecimento acadêmico, em especial as professoras Karyna, Luciana e Clara Angélica.

Ao programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe-PRODIR, por ser minha segunda casa.

À Renatinha pelo carinho e amizade durante esses dois anos.

“Tinha-se que se viver – e vivia-se por hábito transformado em instinto na suposição de que cada som era ouvido e cada movimento vigiado, salvo feito no escuro.”

George Orwell

“A vigilância é uma dimensão-chave do mundo moderno.”

Zygmunt Bauman

RESUMO

Com o avanço tecnológico das comunicações e a proliferação de dados no ambiente digital, o direito à privacidade passa por constantes ajustes evolutivos para acompanhar o contexto em que se vive. Entende-se por dados no ambiente digital, um aglomerado de informações utilizadas para a criação de perfis, através do uso de inteligência artificial, que conseguem categorizar as pessoas, para que depois essas informações sejam comercializadas. Observa-se, pois, uma mudança de paradigma, com a passagem do capitalismo financeiro para um capitalismo de vigilância. Diante desse contexto, novas legislações apareceram para a proteção e o tratamento de dados pessoais, como o Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia – *GDPR* no âmbito internacional e a Lei nº 13.709/2018, a Nova Lei Geral de Proteção de Dados brasileira no âmbito nacional. A monetização dos dados pessoais trava uma batalha pela dignidade humana em uma economia constantemente digitalizada e baseada na extração de “inteligência” e “valor” das relações sociais. É nessa perspectiva que se evidencia a relevância da privacidade e o vislumbre da sua tutela através das legislações de proteção, aduzindo maneiras que maximizem o bem-estar privado de muitos em detrimento do interesse econômico de poucos. Com isso, a presente dissertação tem por objetivo analisar se o capitalismo de vigilância, mesmo com os atuais mecanismos de proteção, compromete a efetiva tutela da privacidade dos indivíduos na sociedade da informação. Para tanto, foi observado se tais mecanismos de proteção, técnicos na forma, seriam suficientes para efetivar a tutela da privacidade na sociedade da informação frente ao capitalismo de vigilância. No que se refere à metodologia, utilizou-se, essencialmente, a pesquisa bibliográfica, com base na doutrina e nas legislações (nacional e estrangeira) que tratam da privacidade, da proteção de dados pessoais e do capitalismo de vigilância. Aplicou-se a técnica de pesquisa descritiva e adentrou-se em uma análise multidisciplinar do tema, que pudesse adequadamente interpretar tal fenômeno social, jurídico e econômico na contemporaneidade.

Palavras-chave: Capitalismo de Vigilância. Dados Pessoais. Internet. Privacidade. Sociedade da Informação

ABSTRACT

With the technological advancement of communications and the proliferation of data in the digital environment, the right to privacy goes through constant evolutionary adjustments to keep pace with the context in which we live. The data in the digital environment is a cluster of information used to create profiles that can categorize people, using artificial intelligence, so that this information is later marketed. Thus, a change of paradigm is observed, with the transition from financial capitalism to surveillance capitalism. Against the foregoing, new legislation is arising for the protection and processing of personal data, such as the European General Data Protection Regulation - GDPR in the international scope and the Law 13.709/2018, the New General Law of Brazilian Data Protection, at the national level. Monetization of personal data is a battle for human dignity in a constantly digitized economy based on the extraction of "intelligence" and "value" from social relationships. It is from this perspective that the relevance of privacy and the glimpse of its protection through the protection legislations are revealed, adding ways that maximize the private well-being of many to the detriment of the economic interest of the few. The purpose of this dissertation is to analyze whether vigilance capitalism, even with the current protection mechanisms, compromises the effective protection of individuals' privacy in the information society. In order to do so, it was observed whether such protection mechanisms, technical in form, would be enough to effect the protection of privacy in the information society against surveillance capitalism. As far as the methodology is concerned, bibliographical research was essentially used, based on doctrine and legislation (national and foreign) dealing with privacy, personal data protection and surveillance capitalism. The descriptive research technique was applied, and a multidisciplinary analysis of the theme was carried out, which could adequately interpret such social, legal and economic phenomenon in contemporaneity.

Keywords: Surveillance Capitalism. Personal data. Internet. Privacy. Information Society.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 DA PRIVACIDADE AOS DADOS PESSOAIS	14
1.1 A EVOLUÇÃO E A CONSOLIDAÇÃO DO DIREITO À PRIVACIDADE.....	14
1.2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	19
1.3 A PRIVACIDADE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL DA PERSONALIDADE E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	29
1.4 O DIREITO À INFORMAÇÃO NA ERA DA INTERNET	32
1.5 A PRIVACIDADE NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO	35
1.6 O CONFLITO ENTRE DIREITO À INFORMAÇÃO E A PRIVACIDADE SOB A ÓTICA DA PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS	38
1.7 A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E OS DIREITOS HUMANOS.....	42
2 DO CAPITALISMO DE VIGILÂNCIA	47
2.1 A INTERNET DAS COISAS- <i>IoT</i> e O <i>BIG DATA</i>	47
2.2 O PROTAGONISMO DOS ALGORITMOS DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL.....	51
2.3 O CAPITALISMO DE VIGILÂNCIA	53
3 DOS MECANISMOS DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: A EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.....	61
3.1 O MARCO CIVIL DA INTERNET E O DECRETO Nº 8771/2016.....	61
3.2 O REGULAMENTO GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS DA UNIÃO EUROPEIA – <i>GDPR</i> : FONTE DE INSPIRAÇÃO BRASILEIRA.....	64
3.3 A LEI Nº 13.709/2018 – A NOVA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS BRASILEIRA.....	70
4 O PARADIGMA DA PRIVACIDADE	76
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	84
REFERÊNCIAS	87

INTRODUÇÃO

Ao longo da história, o homem criou os mais diversos meios e ferramentas de comunicação para uma melhoria da vida em sociedade. A passagem da era industrial para a era da informação se deu através da constante busca pela evolução tecnológica, inclusive nas comunicações.

A internet, fruto desta evolução tecnológica, promove a virtualização das relações pessoais, conectando pessoas do mundo inteiro e facilitando as mais diversas necessidades que o cotidiano informacional exige. Informações podem ser compartilhadas instantaneamente e pessoas informam e são informadas com um simples acesso ao mundo digital.

Com isso, a privacidade dos indivíduos sofreu a interferência de tal avanço tecnológico. A privacidade, observada nesta pesquisa como um conceito amplo e genérico que se desdobra em todas as manifestações da esfera da personalidade – imagem, honra, intimidade e vida privada – protege as pessoas na sua individualidade e resguarda o direito de estar só, a faculdade de se isolar, e, na atualidade, adiciona-se a possibilidade de controle do uso dos seus dados pessoais.

Então, muito além da necessidade da solidão, o direito à privacidade começou a ter uma mudança no cenário motivado pelo crescimento da circulação de informações, consequência da evolução tecnológica, acrescido ao seu conteúdo o controle do uso de seus dados pessoais, além da sua finalidade inicial.

Ademais, entende-se que a privacidade deve ser observada no panorama dos direitos fundamentais da personalidade concatenada com o super-princípio da dignidade da pessoa humana, através do processo de consolidação do novo direito constitucional e o fenômeno da constitucionalização do Direito no Brasil, com o enfoque nos direitos fundamentais, que culminou no processo de redemocratização trazendo a lume a proteção de tais direitos.

Com o avanço das comunicações e a proliferação de dados no ambiente digital, o direito à privacidade passou por constantes ajustes evolutivos para acompanhar o contexto em que se vive. Com isso, novas legislações foram criadas para proteção e tratamento de dados, como o Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia – *GDPR* no âmbito internacional e a Lei nº 13.709/2018 – Nova Lei Geral de Proteção de Dados brasileira, no âmbito nacional.

Além disso, através dos circuitos de alta velocidade do universo digital, oportunos para a massificação de um grande fluxo de dados, uma subespécie totalmente nova do capitalismo surgiu, na qual os lucros derivam da vigilância e da modificação unilateral do comportamento humano: o capitalismo de vigilância. Essa nova modalidade de capitalismo, também conhecida como capitalismo de dados ou capitalismo de informação, monetiza os dados por vigilância, de maneira que as informações, fornecidas para o acesso a alguma plataforma digital ou qualquer movimentação dentro dela, possam ser vendidas posteriormente.

A privacidade é cara e um novo perfil que possa mostrar para empresas o que o usuário deseja, influenciando e modificando o comportamento, é a melhor propaganda para que se atinja o lucro. O comportamento do ser humano demonstrado no ambiente digital será transformado em lucro para as empresas.

Entende-se por dados no ambiente digital, um aglomerado de informações utilizadas para a criação de perfis, através do uso de inteligências artificiais, que conseguem categorizar as pessoas, para que depois essas informações sejam comercializadas. Fala-se, pois, em uma mudança de paradigma, com a passagem do capitalismo financeiro para um capitalismo de vigilância.

Descrito o cenário social e econômico no qual se encontra inserta esta pesquisa, importante também apontar a relevância do trabalho, pois é necessário refletir sobre a proteção e efetivação do direito à privacidade, valor tão caro à personalidade humana, nos atuais ditames que a sociedade da informação impõe. O presente estudo tem o propósito de contribuir, desta maneira, para a construção de um pensamento acadêmico crítico acerca da realidade social, a fim de promover um ambiente de discussão dos problemas sociais e de reflexão sobre possíveis soluções, atingindo o objetivo dialético da Universidade.

Por fim, o tema está em conformidade com a linha de pesquisa do Programa de mestrado em Direito, “Processo de Constitucionalização dos Direitos e Cidadania: aspectos teóricos e metodológicos”, tendo em vista a análise reflexiva dos direitos fundamentais, aplicando a teoria a uma nova realidade social.

Nesse contexto, a presente pesquisa científica foi orientada pelo seguinte problema: Os atuais mecanismos de proteção de dados pessoais são suficientes para efetivar a tutela da privacidade na sociedade da informação frente ao capitalismo de vigilância?

Desse modo foi estabelecida a hipótese de que os atuais mecanismos de proteção de dados pessoais, técnicos na forma, frente ao viés econômico e social do capitalismo de

vigilância, não seriam suficientes, mas sim auxiliares para a construção de uma efetiva proteção da privacidade na sociedade da informação.

A pesquisa tem como objetivo geral analisar a efetiva proteção da privacidade na sociedade da informação. Para que o objetivo geral seja alcançado, o trabalho será desenvolvido de acordo com objetivos específicos, que revelam os passos necessários para se atingir o objetivo geral. Portanto, os objetivos específicos dessa pesquisa são: explorar a construção e evolução do conceito de privacidade e de proteção de dados, analisar a importância da informação na era da internet, observar e entender a mudança do paradigma do capitalismo financeiro para um capitalismo de vigilância, e, estudar os atuais mecanismos de proteção de dados, sempre através de uma análise crítica sobre o assunto.

No que se refere à metodologia, utilizou-se, essencialmente, a pesquisa bibliográfica, com base na doutrina e nas legislações (nacional e estrangeira) que tratam da proteção de dados pessoais e do capitalismo de vigilância. Aplicou-se a técnica de pesquisa descritiva e adentrou-se numa análise multidisciplinar do tema, que pudesse adequadamente interpretar tal fenômeno social, jurídico e econômico na contemporaneidade.

Na presente dissertação, através da leitura de legislações e doutrinas internacionais e nacionais, artigos e revistas científicas, dentre outros, buscou-se analisar se o capitalismo de vigilância, mesmo com os atuais mecanismos de proteção, compromete a efetiva tutela da privacidade dos indivíduos na sociedade da informação.

Esta pesquisa encontra-se dividida em quatro capítulos. No primeiro, aborda-se a evolução e consolidação do Direito à Privacidade, tecem-se comentários acerca do fenômeno da Constitucionalização do Direito na perspectiva dos direitos fundamentais, analisa-se a privacidade como um direito fundamental da personalidade e a sua conexão com o princípio da dignidade da pessoa humana. Em continuação, analisa-se o direito à informação na era da internet e o papel da privacidade na sociedade da informação, observando eventuais conflitos entre o direito à informação e a privacidade sob a ótica da proteção de dados pessoais. O fechamento do capítulo se faz através de uma abordagem da proteção de dados pessoais e os direitos humanos.

O segundo capítulo discorre sobre o capitalismo de vigilância, inserido nos conceitos de Internet das coisas (*IoT*) e *Big Data*. Para tanto, passa-se a tratar do protagonismo dos algoritmos de Inteligência Artificial (IA), com o uso de técnicas automatizadas capazes de criar perfis comportamentais dos usuários. Sucessivamente, adentra-se nesse novo modelo de

capitalismo, englobando o contexto em que se encontra e em como a monetização dos dados pessoais ameaça a privacidade

Em seguida, no terceiro capítulo, faz-se um estudo crítico acerca da evolução dos mecanismos de proteção de dados pessoais no ordenamento brasileiro, mais precisamente a primeira tentativa de regulação, a inspiração europeia para a nova regulação pátria e, finalmente, a nova regulação brasileira, quais sejam: o Marco Civil da Internet e seu Decreto nº 8771/2016; o Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia – *GDPR*; e a Lei nº 13.709/2018 – a nova Lei Geral de Proteção de Dados brasileira.

No quarto capítulo busca-se refletir acerca de como a privacidade está sendo observada no contexto atual, relacionada à necessidade de proteção de dados pessoais no ambiente virtual em decorrência da massificação das informações. Para tanto, observa-se a importância dos mecanismos de proteção, ressaltando algumas problemáticas para que se possa compreender a privacidade na atualidade. Levanta-se a reflexão acerca do teor econômico em que se encontram os dados pessoais e em como o capitalismo de vigilância impede que a tutela total da privacidade seja efetivada pelos mecanismos de proteção existentes, aduzindo a necessidade de um equilíbrio econômico, social e jurídico para que a privacidade possa ser uma realidade na sociedade da informação.

1 DA PRIVACIDADE AOS DADOS PESSOAIS

A privacidade evoluiu e se consolidou ao longo dos anos, para tanto, restou necessário traçar o caminho percorrido, buscando fundamento no fenômeno da Constitucionalização do Direito na perspectiva dos direitos fundamentais, através da análise da privacidade como um direito fundamental da personalidade e a sua conexão com o princípio da dignidade da pessoa humana. No mesmo sentido, observa-se o direito à informação na era da internet e o papel da privacidade sob a ótica da proteção de dados pessoais na sociedade da informação e os eventuais conflitos existentes entre tais direitos, analisando a relação existente entre a proteção de dados pessoais e os direitos humanos.

1.1 A EVOLUÇÃO E A CONSOLIDAÇÃO DO DIREITO À PRIVACIDADE

A privacidade, assim como os diversos sentidos que ela carrega, não é um delírio recente. A preocupação dada a ela vem dos primórdios¹, passando por diferentes tipos de sociedades, mesmo sem tutela jurídica. O direito voltou seus olhos para a privacidade “num período em que mudou a percepção de pessoa humana pelo ordenamento, do qual ela passou a ocupar um papel central e ao qual se seguiu a juridificação de vários aspectos do seu cotidiano” (DONEDA, 2006, p. 8).

Inicialmente, a privacidade não apareceu como a “realização de uma exigência ‘natural’ de cada indivíduo”, mas sim como a “aquisição de um privilégio por parte de um grupo” (RODOTÀ, 2008, p. 27). Neste contexto, a burguesia, com o rompimento do feudalismo, teve o privilégio de conquistar o direito ao isolamento ancorado pela condição socioeconômica gerada pela Revolução Industrial. Entretanto, no mesmo panorama temporal, o operário teve o seu direito completamente excluído. (RODOTÀ, 2008)

A privacidade está intimamente ligada à proteção da pessoa contra o Estado e contra demais indivíduos. Anteriormente essa íntima ligação era exercida pela propriedade. Ou seja, a pessoa mantinha em sua propriedade tudo aquilo que considerava privado e que necessitava

¹ Neste sentido, Doneda (2000, p. 113): “Diversas menções à privacidade podem ser encontradas na Bíblia, em textos gregos clássicos e mesmo da China antiga, enfocando basicamente o direito, ou então a necessidade da solidão.”

proteger da sociedade. Ademais, fora da propriedade a privacidade não seria exercida e a pessoa deveria observar os ditames socialmente estabelecidos.

Nesse viés, enfatiza Catarina Sarmiento e Castro (2005, p. 17) que a privacidade era tutelada em sede jurisprudencial, apenas “mediante o recurso à violação do direito de propriedade privada, à violação da confidencialidade, da confiança, ou de uma obrigação contratual”. Ou seja, questões que seguiam a direção oposta da atual tutela da privacidade.

A privacidade, então, ao evoluir, deixa de ser associada a um conceito patrimonialista ou a qualquer questão que não seja relacionada com o desenvolvimento da personalidade.

Considera-se o marco histórico da doutrina do direito à privacidade, a publicação na *Harvard Law Review* do artigo *The Right to Privacy*², dos americanos Samuel Dennis Warren e Louis Dembitz Brandeis, em 1890, apesar do termo “*right to be let alone*”³ ter sido anteriormente utilizado, em 1888. Os autores demonstram a existência do direito de ser deixado só.

Tal conotação de privacidade prevaleceu até o século seguinte, quando as pessoas deixaram de querer se isolar. O isolamento na propriedade não satisfazia mais a pessoa do século XX, apesar dela possuir o direito de se manter isolada do mundo.

Neste sentido, Anderson Schreiber (2013, p. 146):

Esse cenário começa a se alterar a partir da década de 1960. O desenvolvimento tecnológico e a conseqüente multiplicação de mecanismos para recolher, armazenar, processar e utilizar a informação, na esteira da massificação das relações contratuais, acabam por estimular um aumento exponencial do fluxo de dados na sociedade contemporânea.

² Nesse artigo, os autores, que eram advogados, defendiam o direito à privacidade, na tentativa de combater os excessos da imprensa ao divulgar imagens fotográficas sem autorização, como também a invasão de privacidade pelos *paparazzi*. (WARREN; BRANDEIS, 1890). Ademais, Warren foi motivado pela divulgação não autorizada, em jornais, do casamento de sua filha, e, juntamente com Louis Brandeis, deu início à construção da doutrina do *right to privacy*, nos moldes adequados às necessidades da sociedade burguesa norte-americana da época. (DONEDA, 2000)

³ “O direito a ser deixado só”, mencionado pelo magistrado Thomas McIntyre Cooley em 1888 no seu *Treatise of the law of torts*, seria uma concepção mais individualista, trazendo a privacidade como uma ausência de interação. (DONEDA, 2006). Para Zanini (2015, p. 11): “Apesar de ter cunhado a expressão, Cooley não a relacionou com a noção de *privacy*, mencionando-a em seu trabalho sobre responsabilidade civil (*torts*) como parte do seguinte trecho: ‘*The right to one’s person may be said to be a right of complete immunity: to be let alone*’.

Destaque-se que o direito à privacidade possui a característica da mutabilidade em decorrência da evolução social e do avanço tecnológico. Para que se possa entender seu significado, então, deve ser observado em que contexto tal direito está inserido.

A privacidade foi, assim, ressignificada, de forma que aos poucos deixou de se estruturar em torno do eixo “pessoa-informação-segredo” (paradigma chamado “*zero relationship*”), para se estruturar em torno do eixo “pessoa-informação-circulação-controle” (DONEDA, 2006, p. 23). E com essa mudança de eixo, o direito à privacidade transformou-se para fazer emergir a dimensão da proteção de dados pessoais, na medida em que surgiram novas formas de tratamento informatizado de dados.

Importante salientar que alguns autores⁴ diferenciam os conceitos de intimidade e vida privada, enquanto outros argumentam que eles estão incluídos numa noção de privacidade mais ampla e genérica, talvez por influência norte-americana, “que os disciplina de maneira indistinta sob o signo do *right of privacy* (direito à privacidade)” (SILVA NETO, 2018, p. 865).

Neste sentido, Ricardo Luiz Lorenzetti (1998) concluiu que intimidade e vida privada são faces de uma mesma moeda em análise à teoria das esferas, pois, para ele, ambas estariam no âmbito da esfera íntima da pessoa.

A clássica teoria alemã das esferas da personalidade, idealizada por Heinrich Hubmann e revisitada por Heinrich Henkel, distinguiu a personalidade humana em três esferas concêntricas. A primeira e mais restrita é a esfera do segredo que abrange fatos e situações mais íntimas da pessoa, cujo conhecimento estaria restrito a si mesma ou a poucas pessoas mais próximas. A segunda esfera é a íntima, que é mais ampla que a anterior. E a terceira, ainda mais ampla que as outras, comportaria situações menos secretas, como sua identificação, a fim de possibilitar a comunicação com as pessoas menos próximas (SAMPAIO, 1998). Ademais, os tribunais também vêm utilizando o termo privacidade no sentido amplo, abrangendo as expressões intimidade e vida privada, além de outros direitos correlatos.

Isto posto, a privacidade, observada nesta dissertação como um conceito amplo e genérico que se desdobra em todas as manifestações da esfera da personalidade – imagem, honra, intimidade e vida privada – protege as pessoas na sua individualidade e resguarda o direito de estar só, a faculdade de se isolar, e, na atualidade, adiciona-se a “possibilidade de cada um controlar o uso das informações que lhes dizem respeito” (RODOTÀ, 2008, p. 24).

⁴ Gilmar Mendes, Paulo Gustavo Branco, Carlos Alberto Bittar, José Afonso da Silva, José Adércio Leite Sampaio, dentre outros.

Então, muito além da necessidade da solidão, a direito à privacidade começou a ter uma mudança no cenário “motivado, sobretudo, pelo crescimento da circulação de informações, consequência do desenvolvimento exponencial da tecnologia de coleta e sensoriamento” (CANCELIER, 2017, p. 219).

No mesmo sentido, Anderson Schreiber (2013) acrescenta que o conteúdo da privacidade deve ir além da finalidade inicial, abarcando o controle do uso de seus dados pessoais:

Mais sutil, mas não menos perigosa que a intromissão na intimidade doméstica de uma pessoa, é a sua exposição ao olhar alheio por meio de dados fornecidos ou coletados de forma aparentemente inofensiva, no preenchimento de um cadastro de hotel ou no acesso a um site qualquer da internet. O uso inadequado desses dados pessoais pode gerar diversos prejuízos ao seu titular. (SCHREIBER, 2013, p. 136).

Segundo Laura Schertel Mendes (2014, p. 35), a proteção de dados pessoais pode ser compreendida como uma “dimensão do direito à privacidade, que, por consequência, partilha dos mesmos fundamentos: a tutela da personalidade e da dignidade do indivíduo”.

Diante da evolução da proteção à privacidade, surge o direito à autodeterminação informativa, que seria o consentimento prévio e esclarecido do indivíduo para a coleta e tratamento de seus dados. A pessoa passaria a controlar as próprias informações e a conhecer a forma como elas serão tratadas. Na realidade, o conhecimento seria o pressuposto necessário para o consentimento, conforme afirma Rodotà (2008, p. 138): “a atenção, então, deve dirigir-se para as condições nas quais o consentimento é manifestado, para determinar se ele se baseia em um conhecimento adequado e, sobretudo, se sua manifestação pode realmente ser considerada livre.”

Neste sentido, para Bruno Bioni (2019, p. 18), “historicamente, a proteção de dados pessoais tem sido compreendida como o direito do indivíduo autodeterminar as suas informações pessoais [...] por meio do consentimento, o cidadão emita autorizações sobre o fluxo dos seus dados pessoais, controlando-os”. O viés da privacidade na dimensão de proteção de dados pessoais relaciona-se com a capacidade do cidadão de controlar suas informações, em um contexto de expansão das técnicas de tratamentos de dados pessoais.

Em consonância com o exposto, acerca do reconhecimento do direito à autodeterminação informativa:

não significa simplesmente atribuir a cada um o poder de impedir determinados usos das informações a si relacionadas, segundo a ótica originária do direito a ser deixado só. Significa acima de tudo o poder de controlar, a cada momento, o uso que outros façam das minhas informações. (RODOTÀ, 2008, p. 148)

Como pode ser visto, com as mudanças tecnológicas nas últimas décadas, a disciplina da privacidade e da sua dimensão de proteção de dados pessoais passaram por transformações e, juntamente, transformaram-se também as legislações que vislumbravam proteger os dados pessoais. Foi possível notar um desenvolvimento na disciplina da proteção de dados no decorrer das iniciativas legislativas para a tutela de dados pessoais no mundo.

Mayer-Schönberger (2001) oferece uma perspectiva histórico-evolutiva para a compreensão da proteção de dados, através de uma análise geracional. Para ele, existiram quatro gerações⁵ de normas de proteção de dados, e com a evolução dessas gerações pode-se demonstrar o fortalecimento do conceito de proteção da personalidade dos cidadãos (MENDES, 2014) e uma tentativa de se buscar um modelo que, de fato, garanta a autodeterminação dos indivíduos.

Como visto, mais do que assegurar o direito ao isolamento, a privacidade passa a ser relacional, pois promove o desenvolvimento da pessoa protegendo os papéis que ela interpreta em sua vida (mãe, trabalhador, amigo, etc.), e o exercício público desses papéis não autoriza que uma terceira pessoa reúna informações em contextos diferentes e construa um perfil total de alguém (COSTA, 2016). A privacidade também “se exerce em público” (COSTA, 2016, p. 378) e “requer cada vez mais uma construção social” (RODOTÀ, 2008, p. 139).

⁵ A primeira geração de normas de proteção de dados pessoais surgiu na década de 70, como reação ao processamento eletrônico de dados nas Administrações Públicas e Empresas privadas, e à centralização dos bancos de dados em grandes bancos de dados nacionais. Sua principal característica é a perspectiva funcional de buscar controlar os bancos de dados de forma *ex ante*, condicionando o seu funcionamento à licença prévia ou registro. A segunda geração de proteção de dados pessoais surgiu a partir do final da década de 1970, como consequência da “diáspora” dos bancos de dados informatizados e unificados. A característica básica dessa geração é a sua estrutura, que não mais gira em torno de procedimentos, e sim da consideração da privacidade em si e proteção dos dados pessoais como uma liberdade negativa, assim como a ampliação dos poderes das autoridades administrativas encarregadas da proteção de dados. A terceira geração de leis é marcada pela decisão do Tribunal Constitucional Alemão de 1983 que declarou o direito à autodeterminação informativa, radicalizando a ideia do controle dos cidadãos no processamento de dados. A principal diferença dessa geração em relação à segunda é que as leis desse período procuravam fazer com que a pessoa participasse de maneira consciente e ativa em todo processo de tratamento e utilização de sua informação por terceiros. E, a quarta geração de leis buscaram resolver os problemas apresentados nos períodos anteriores por meio do fortalecimento da posição dos indivíduos. (DONEDA, 2006; MENDES, 2014)

As ameaças à privacidade decorrentes da revolução tecnológica das comunicações estão, nos tempos atuais, cada vez mais evidentes. Com isso, faz jus analisar a privacidade como um direito fundamental da personalidade concatenada com o super-princípio da dignidade da pessoa humana, como também observar o processo de consolidação do novo direito constitucional e o fenômeno da constitucionalização do Direito no Brasil, com o enfoque nos direitos fundamentais, que culminou no processo de redemocratização trazendo a lume a proteção de tais direitos, para que então se chegue no atual contexto da sociedade da informação e na proteção de dados pessoais.

1.2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A inspiração de um processo amplo de constitucionalização dos demais ramos do Direito, decorreu da análise pelo Direito Constitucional dos “impactos da retomada teórica e prática da Constituição sobre o próprio direito e sobre os pilares do Estado de direito e a democracia” (SAMPAIO, 2013, p. 181).

Com isso, para entender o fenômeno da Constitucionalização do Direito, precisa-se adentrar na historicidade do processo de criação de uma nova percepção da constituição e de seu papel na interpretação jurídica: o Neoconstitucionalismo e as transformações do direito constitucional contemporâneo.

Para tanto, é necessário retroceder para observar as transformações perpassadas nas últimas décadas. Com isso, segundo Barroso (2015), empreende-se a reconstrução da trajetória percorrida pelo direito constitucional, levando em conta os marcos histórico, teórico e filosófico, nos quais se observam as ideias e as mudanças que desembocaram no novo direito constitucional.

Para Barroso, estes são os marcos da trajetória que resultou no processo de constitucionalização:

- (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição

constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. (BARROSO, 2015, p. 11-12)

Inicialmente, como marco histórico observa-se a formação do Estado constitucional de direito, no contexto do pós-guerra europeu, ao longo das últimas décadas do século XX. Trata-se da “aproximação das ideias de constitucionalismo e de democracia” (BARROSO, 2015, p. 3), desembocando numa nova organização política: o Estado Democrático de Direito. A constituição Alemã e a Italiana foram referências no desenvolvimento desse novo direito constitucional, como se verá mais adiante ao adentrar no fenômeno da constitucionalização do Direito.

Como marco filosófico, o pós-positivismo, que abriu “caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação” (BARROSO, 2015, p. 4). Buscou inspiração nos ideais de justiça e democracia, com uma leitura moral da Constituição e das demais normas, entre o direito posto pelo positivismo e os conceitos fluidos e abstratos do jusnaturalismo. Baseou-se na elaboração de uma nova hermenêutica, desenvolvendo a teoria dos direitos fundamentais, ancorada pela dignidade humana, reaproximando Direito e ética e Direito e filosofia.

O Neoconstitucionalismo é a “tendência destinada a consolidar proposta hermenêutica com nova concepção de norma jurídica, do problema das fontes do direito e dos métodos de interpretação”, opondo-se “ao Positivismo Jurídico, sustenta a máxima efetividade das normas constitucionais, especialmente as de cunho social, e entende o direito como transformador e não apenas reproduzidor da realidade física.” (SILVA NETO, 2018, p. 95)

Com isso, “afirma-se, na perspectiva do Neoconstitucionalismo pós-positivista, que o sistema constitucional é composto de regras e princípios” (SHIER, 2007, p. 255), atribuindo normatividade aos princípios e os relacionando com os valores e regras, atuando, assim, o direito como agente transformador.

O marco teórico traz três grandes transformações: a força normativa da Constituição, que atribuiu status de norma jurídica ao texto constitucional; a expansão da jurisdição constitucional, superando o modelo de supremacia do Poder Legislativo, com a elevação do Poder Judiciário ao adotar controles de constitucionalidade; e, o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional, decorrente da força normativa conferida à Constituição, com a sistematização de princípios aplicáveis a tal interpretação. (BARROSO, 2015)

Observada a trajetória percorrida pelo direito constitucional, passa-se a analisar o fenômeno da constitucionalização do Direito, como “a virada paradigmática ocorrida no Direito, e por conseguinte da sua interpretação, para um pressuposto calcado nos ditames principiológicos do texto constitucional” (SILVA; NASCIMENTO, 2015, p. 126).

O jurista italiano Riccardo Guastini (2007, p. 271-272), aduz ao menos três significados distintos para a expressão “constitucionalização do ordenamento jurídico”. Para ele, tal fenômeno pode ser visto “para fazer referência à introdução de uma primeira Constituição *escrita* em um ordenamento que anteriormente era desprovido de tal documento”, como um “processo histórico-cultural que transforma em vínculo jurídico a relação intercorrente travada entre detentores do poder político e aqueles que a este estão sujeitos”⁶, e, por fim, como um “processo de transformação de um ordenamento jurídico”, que se faz completamente impregnado por normas constitucionais.

Observados os três significados, resta evidente que o que denota mais abrangência ao fenômeno em questão é o terceiro. Tal significado é “caracterizado por uma Constituição extremamente invasora, expansiva” (GUASTINI, 2007, p. 272). Percebe-se, segundo Barroso (2015), que o simples fato de vigorar em um ordenamento uma constituição com supremacia ou o fato de uma constituição formal incorporar temas afetos aos ramos infraconstitucionais em seu texto, não necessariamente torna um ordenamento jurídico constitucionalizado. Muito mais que tais acepções, a constitucionalização do Direito é associada a um “efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o ordenamento jurídico” (BARROSO, 2015, p. 12).

Resta evidente que “quando se fala em constitucionalização do direito, a ideia mestra é a irradiação dos efeitos das normas (ou valores) constitucionais aos outros ramos do direito” (SILVA, 2005, p. 38). Porém, nesse contexto, existem duas condições necessárias para a constitucionalização do ordenamento jurídico, que, segundo Guastini (2007), se não observadas, inviabilizam tal processo. São elas: a existência de uma Constituição rígida⁷ e a garantia jurisdicional da Constituição (Constituição Garantida)⁸.

⁶ Neste significado não se trata da codificação de um ordenamento jurídico, diferentemente do primeiro significado que faz referência a uma constituição escrita.

⁷ Entende-se como rígida, uma Constituição que é, primeiramente, escrita, e, protegida contra a legislação ordinária, não podendo ser derogada, modificada ou ab-rogada por esta.

⁸ Uma Constituição garantida é aquela assegurada por algum controle sobre a conformidade das leis a ela. Existem, segundo Guastini (2007), sistemas de controle bem diversos, entre eles: o modelo americano – controle *a posteriori* por via de exceção, o modelo francês – controle *a priori*, por via de ação, e o modelo alemão – controle *a posteriori* por via de exceção.

Ademais, são apontados cinco aspectos gerais do fenômeno da constitucionalização do Direito: a força vinculante da Constituição; a “sobre-interpretação” da Constituição; a aplicação direta das normas constitucionais; a interpretação das leis conforme a Constituição; e a influência da Constituição sobre as relações políticas (GUASTINI, 2007).

Guastini (2007, p. 275) salienta que a força vinculante da Constituição “consiste na compreensão de que a Constituição é um conjunto de normas vinculantes”, uma verdadeira norma jurídica e não uma simples declaração programática (FIGUEROA, 2009). E finaliza, que “norma constitucional – independente da sua estrutura ou do seu conteúdo normativo – é uma norma genuína, vinculante e suscetível de produzir efeitos jurídicos” (GUASTINI, 2007, p. 275-276).

A “sobre-interpretação” da Constituição deve-se ao fato de que os intérpretes (juízes, órgãos estatais ou juristas), devem fazer uma interpretação extensiva da constituição, não se baseando apenas na interpretação literal (CARBONELL, 2009). A Constituição é um texto finito, com lacunas, não abarcando todos os aspectos da vida política e social, mas sim uma parte dela (GUASTINI, 2007). Ademais, tendendo a desconsiderar que a Constituição seja lacunosa, deve-se valer da “sobre-interpretação”, preenchendo-a com normas implícitas idôneas, de modo que não reste espaços vazios (GUASTINI, 2007).

O terceiro aspecto geral do processo de Constitucionalização do Direito, a aplicação direta da Constituição, reside no reconhecimento de que a Constituição é norma regente das relações privadas (CARBONELL, 2009), produzindo efeitos diretos, aplicada por qualquer juiz, em qualquer controvérsia (GUASTINI, 2007).

A interpretação das leis conforme a Constituição consiste em um método de interpretação da lei e não da Constituição. Trata-se da interpretação adequada das leis, “escolhendo – diante de uma dúplici possibilidade interpretativa – o significado (ou seja, a norma) que evita toda contradição existente entre lei e Constituição” (GUASTINI, 2007, p. 278).

O último aspecto – a influência da Constituição sobre as relações políticas⁹ – trata das questões políticas sendo discutidas no âmbito judicial. Para o jurista, tal aspecto depende de

⁹ A judicialização da política consiste na apreciação, pelo Poder Judiciário, do cumprimento dos direitos e deveres constitucionais por via do direito de ação. Ocorre o deslocamento do poder, que antes estava nas mãos do Executivo e do Legislativo, para o Judiciário, ficando, este poder, com a incumbência de “examinar a argumentação política que está subjacente às normas jurídicas” (FIGUEROA, 2009, p. 459).

diversos elementos, como a postura dos juízes, órgãos constitucionais e atores políticos, como também do seu próprio conteúdo (GUASTINI, 2007).

Com isso, o papel irradiador da Constituição no ordenamento jurídico, significado do processo de constitucionalização do Direito, reveste-se de diversas formas. Para entender as formas de tal processo, duas análises doutrinárias devem ser observadas: a análise de Schuppert/Bumke e a análise de Louis Favoreu (SILVA, 2005).

A análise de Schuppert/Bumke, identificou cinco formas principais do processo de constitucionalização do Direito, são elas:

(1) reforma legislativa; (2) desenvolvimento jurídico por meio da criação de novos direitos individuais e de minorias; (3) mudança de paradigma nos demais ramos do direito; (4) irradiação do direito constitucional – efeitos nas relações privadas e deveres de proteção; (5) irradiação do direito constitucional – constitucionalização do direito por meio da jurisdição ordinária. (SILVA, 2005, p. 39).

Esse processo pode ser empreendido por três atores principais: o Legislativo, o Judiciário e a Doutrina. O Legislativo, ator principal do processo, pois a reforma legislativa é a forma mais efetiva do processo de constitucionalização. O Judiciário possui papel fundamental na Constitucionalização do Direito, através da aplicação, interpretação e controle de atos que envolvam direitos fundamentais. Por fim, a doutrina, que atua como alicerce teórico, levando a uma mudança de paradigma. (SILVA, 2005)

A análise trazida pelo jurista francês Louis Favoreu¹⁰, elenca três grupos de constitucionalização: constitucionalização-elevação – aquela pela qual opera-se um deslizamento de assuntos, até então confinados no compartimento infraconstitucional, para elevarem-se ao texto constitucional; constitucionalização-transformação – aquela que impregna e transforma os demais ramos do Direito, convertendo-os em Direito Constitucional Civil, Direito Constitucional Penal, dentre outros; constitucionalização-juridicização: traduz o surgimento da força normativa da Constituição, sendo mais uma condição necessária para o

¹⁰ Em paralelo com a análise da constitucionalização de Favoreu, Souza Neto e Daniel Sarmento (SOUZA NETO; SARMENTO, 2014) elencam duas vertentes de compreensão, quais sejam, a constitucionalização-inclusão e a constitucionalização releitura. A constitucionalização-inclusão consiste no “tratamento pela Constituição de temas que antes eram disciplinados pela legislação ordinária ou mesmo ignorados”. Trata-se da Constitucionalização-elevação de Favoreu. A constitucionalização-releitura traduz “a impregnação de todo o ordenamento pelos valores constitucionais”. Neste caso, os institutos, conceitos, princípios e teorias de cada ramo do Direito sofrem uma releitura, para, à luz da Constituição, assumir um novo significado. Trata-se da constitucionalização-transformação de Favoreu.

processo de constitucionalização do Direito do que uma categoria autônoma desse fenômeno (SILVA, 2005).

Ainda no tocante às generalidades do processo de constitucionalização do Direito, Barroso (2015, p. 17) aduz que tal processo repercute na atuação dos três Poderes, nas suas relações com os particulares e nas relações entre particulares. Veja-se:

Relativamente ao Legislativo, a constitucionalização (i) limita sua discricionariedade ou liberdade de conformação na elaboração das leis em geral e (ii) impõe-lhe determinados deveres de atuação para realização de direitos e programas constitucionais. No tocante à Administração Pública, além de igualmente (i) limitar-lhe a discricionariedade e (ii) impor a ela deveres de atuação, ainda (iii) fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário. Quanto ao Poder Judiciário, (i) serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade por ele desempenhado (incidental e por ação direta), bem como (ii) condiciona a interpretação de todas as normas do sistema. Por fim, para os particulares, estabelece limitações à sua autonomia da vontade, em domínios como a liberdade de contratar ou o uso da propriedade privada, subordinando-a a valores constitucionais e ao respeito a direitos fundamentais.

Perpassadas as generalidades do fenômeno da Constitucionalização do Direito, passa-se à origem e evolução de tal processo. Como já visto, o novo direito constitucional seguiu uma trajetória. Entretanto, tal trajetória teve a sua sequência de forma diferente em alguns países. É o caso do Reino Unido¹¹, dos Estados Unidos¹² e da França¹³.

¹¹ No Reino Unido, observa-se primeiramente a falta de uma constituição escrita e rígida, que, como foi visto, trata-se de uma condição necessária para o processo de constitucionalização. Ademais, nesse país vigora a supremacia do parlamento e não da constituição, não havendo uma jurisdição constitucional e nem um controle de constitucionalidade, entretanto em 1998 o “*human rights act*” foi incorporado no ordenamento jurídico inglês, sugerindo um tipo de controle de constitucionalidade, diferente dos modelos americano e europeu, chamado de declarações de incompatibilidade, com a instituição da Corte em contraste à supremacia do Parlamento. Com isso, poderá resultar no desenvolvimento desse novo controle de constitucionalidade em uma forma dialética entre Corte e Parlamento. (BARROSO, 2015; FELZEMBURG, 2006).

¹² Nos Estados Unidos, berço do constitucionalismo escrito e do controle de constitucionalidade, a interpretação conforme a constituição é histórica e não contemporânea. Sua constituição é a mesma desde 1787, com aplicação direta e imediata pelo judiciário, norma jurídica, vinculante inclusive para o legislador, como se observa no “O Federalista” n. 78, escrito por Hamilton, e, pouco depois no julgamento do famoso caso Marbury X Madison, em 1803, no qual, pela primeira vez, foi declarada inconstitucional no país uma lei federal. (BARROSO, 2015). Ademais, os direitos fundamentais não estão expressos na Constituição, gerando um “debate acerca da legitimidade e limites da atuação do judiciário na aplicação de valores substantivos e no reconhecimento desses direitos fundamentais que não se encontram expressos” (BARROSO, 2015, p. 15).

¹³ Já na França, a trajetória da constitucionalização do Direito foi menos marcante, “seja em razão do modelo de controle de constitucionalidade adotado no país – exclusivamente preventivo – seja pela subsistência, em alguma medida, do culto à lei, tributário da tradição francesa de soberania do parlamento” (SARMENTO, 2006, p. 167-168). A constituição francesa é de 1958, mas foi a partir da década de 70, que o processo iniciou seu curso, por duas razões: em 1971, numa decisão em matéria de liberdade de associação e o surgimento do bloco de constitucionalidade; em 1974, quando aprovada uma emenda constitucional conferindo legitimidade para o controle de constitucionalidade (SARMENTO, 2006). O processo de constitucionalização da França, apesar da

Com origem na Europa na segunda metade do século XX, inicialmente na Alemanha e depois na Itália¹⁴, seguem a evolução normal do processo de constitucionalização do Direito, seguida pela Itália e depois por quase todos os países europeus (BARROSO, 2015).

A constitucionalização do Direito na Alemanha, de importante conteúdo para a presente pesquisa, ocorreu sob a vigência da atual lei fundamental de 1949, e foi impulsionada pela jurisprudência do Tribunal Constitucional do país, que afirmou que a Constituição contém uma ordem de valores, em cujo centro está o princípio da dignidade da pessoa humana, que se irradia por todo ordenamento jurídico (SARMENTO, 2010). Ou seja, os direitos fundamentais passam a desempenhar também a função de “instruir uma ordem jurídica de valores” (BARROSO, 2015, p. 15).

O paradigmático Caso Luth¹⁵, julgado em 15 de janeiro de 1958, foi o primeiro precedente. Nesse caso, o Tribunal Constitucional, decidiu que sempre cabe ao Judiciário examinar se os dispositivos legais a serem aplicados guardam compatibilidade material com os direitos fundamentais, prevalecendo a vinculação aos direitos fundamentais e seu efeito irradiante sobre o direito privado. A partir do caso Luth, o Tribunal Constitucional, baseado no catálogo de direitos fundamentais da Constituição Alemã, promoveu uma verdadeira revolução de ideias, principalmente no código civil¹⁶, invalidando dispositivos, impondo interpretação de acordo com a Constituição, determinando a elaboração de novas leis (BARROSO, 2015).

Com isso, ocorreu a redemocratização da Europa pós 2ª Guerra Mundial, seguida da redemocratização de Portugal e Espanha na década de 70¹⁷.

resistência da doutrina mais tradicional, ainda busca afirmação reconhecendo aos poucos a impregnação da ordem jurídica pela constituição (BARROSO, 2015).

¹⁴ Na Itália, o fenômeno da constitucionalização do Direito ocorreu sob a égide da Constituição atual de 1947, mas somente após a instalação da Corte Constitucional, em 1956, que aconteceram mudanças, como a aplicação direta dos direitos fundamentais sem intermédio do legislador e, desde a sua primeira decisão, passou a afirmar a normatividade de todos os preceitos do texto constitucional (SARMENTO, 2010; BARROSO, 2015).

¹⁵ Tratou-se de um boicote a um filme de diretor nazista. Ação baseada no Código civil alemão (BGB) com base no prejuízo causado ao filme, concedido pelo tribunal local. Assentou a Corte constitucional alemã que os direitos fundamentais eram, em primeira linha, direitos de resistência do cidadão contra o Estado, assim como as normas de direito fundamental incorporar-se-ia também um ordenamento axiológico. Dessa maneira, o caso Luth influenciou a jurisprudência dos tribunais ordinários, ao mesmo tempo que possibilitou o desenvolvimento não somente da dogmática da liberdade de expressão como de toda a teoria geral dos direitos fundamentais.

¹⁶ Algumas mudanças no BGB (Código Civil Alemão): princípio da igualdade entre homens e mulheres (regime matrimonial, direitos dos ex-conjuges, poder familiar, nome de família); princípio da igualdade entre filhos legítimos e naturais (reforma no direito de filiação); uniões homoafetivas e direito dos contratos (BARROSO, 2015).

¹⁷ A constitucionalização do Direito na Espanha e em Portugal vêm ocorrendo após a promulgação da constituição de 1978 e constituição de 1976, respectivamente, que representam o fim de uma ditadura e reencontro dos países com a democracia. Na Espanha, a constituição traz um amplo elenco de direitos fundamentais interpretados de forma ativa e extensiva pelo tribunal constitucional, promovendo a irradiação nos outros ramos do direito.

O Brasil seguiu os exemplos da Espanha e de Portugal de constitucionalização mais tardia, com a Constituição Federal de 1988, marco teórico da formação de um novo direito constitucional, fazendo uma travessia de um Estado Autoritário para um Estado Democrático de Direito, com a insurgência do princípio máximo da dignidade da pessoa humana. Nas palavras de Barroso (2015, p. 21), a Carta de 1988, simbolizou a “travessia democrática brasileira”. Com a Constituição de 1988, o direito constitucional “passou da desimportância ao apogeu” (BARROSO, 2015, p. 4).

Na era pós-positivista, a Constituição de 1988 trouxe as transformações na aplicação do direito constitucional. Ao longo da década de 80, conseguiu superar debates e “patologias crônicas” ligadas ao modelo autoritário anteriormente vigente, consolidando a sua força normativa. O controle de constitucionalidade, já existente desde 1891, foi ampliado, reformulado e regulamentado em suas peculiaridades. (BARROSO, 2015, p. 6).

Os principais ramos do texto infraconstitucional foram tratados na Constituição Cidadã¹⁸. Princípios e regras que ascendem à Constituição, passam a ter caráter subordinante para com as demais normas. A Constituição brasileira passa a elencar o maior leque de direitos fundamentais do constitucionalismo mundial, abarcando as liberdades clássicas, os direitos econômicos e sociais, como também direitos de 3ª geração¹⁹. Possui um amplo compromisso com os direitos humanos, sintonizados ao direito internacional. (SARMENTO, 2006)

A Constituição como centro do sistema jurídico, passou a dotar supremacia material e não apenas formal, não sendo apenas um sistema em si, mas um “modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do direito”²⁰. (BARROSO, 2015, p. 21)

Neste novo formato, com força normativa inédita e proteção de direitos humanos fundamentais de forma sublime, a Constituição passa a influenciar de forma direta as leis infraconstitucionais, as controlando com o sistema de constitucionalidade. Os direitos fundamentais são protegidos na Constituição de 1988 como cláusula pétrea, inclusive,

Portugal, com sua constituição social e dirigente, prevê expressamente a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, aliado ao sistema de jurisdição constitucional. (SARMENTO, 2006)

¹⁸ A Constituição Federal de 1988 foi batizada de Constituição Cidadã pelo então Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Ulysses de Guimarães, num contexto de busca pela defesa e pela realização dos direitos fundamentais do indivíduo e da coletividade.

¹⁹ Existe uma certa divergência a respeito da nomenclatura a ser dada à evolução histórica de inserção dos direitos fundamentais nas Constituições, sendo que alguns entendem que a terminologia correta seria a expressão “geração”, e outros afirmam que o termo correto seria “dimensão”.

²⁰ Trata-se da “filtragem constitucional”, no sentido de que a Constituição é a lente utilizada para a leitura de toda ordem jurídica.

conforme dispõe o seu art. 60, § 4º, IV²¹, não podem ser abolidas por lei e nem por emenda constitucional. Para Piovesan (2003, p. 350), na “Constituição de 1988 há uma redefinição do Estado brasileiro, bem como dos direitos fundamentais”.

Com isso, os direitos fundamentais devem ser compreendidos, aplicados e interpretados como normas jurídicas que vinculam todas as demais e não apenas como trechos declaratórios. (CANOTILHO, 2002)

O Brasil passou a respeitar e a preservar as liberdades, os direitos fundamentais, os direitos humanos e as garantias individuais, garantindo a efetivação e a concretização desses direitos, e, seguindo a tendência do Neoconstitucionalismo, incorporou em seu texto expressamente, como fundamento da República, o princípio da dignidade da pessoa humana como valor supremo.

A dignidade da pessoa humana é a fonte e fundamento de todos os direitos fundamentais, “diretriz hermenêutica de todo o sistema jurídico, norte para ponderação de interesses, parâmetro para a validade dos atos estatais e privados, limite para o exercício de direitos” (SARMENTO, 2016, p. 98-99).

Essa é a preocupação desse novo Estado Constitucional: a incorporação explícita de valores, princípios, especialmente no que diz respeito à promoção da dignidade humana e dos direitos fundamentais. Como essa ótica, a nova teoria constitucionalista, ao voltar os olhos para a Constituição, garante a ampliação do debate sobre os direitos fundamentais.

Neste sentido, pode-se afirmar que a concretização dos fins propostos pelo Estado Democrático de Direito somente será atingida com a efetiva proteção e reconhecimento aos direitos fundamentais. Assim, “sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos.” (BOBBIO, 2002, p. 1)

Com isso, aduz-se que quanto mais os direitos fundamentais são efetivados, mais se consegue atingir o ideal democrático. O grau de democracia de uma sociedade advém dos direitos fundamentais, pois é a democracia que condiciona a eficácia dos direitos fundamentais (MENDES; COELHO; BRANCO, 2000).

²¹ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL: Art. 60, § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais. (BRASIL, 1988)

Ademais, os direitos fundamentais limitam a atuação do poder público, defendendo a pessoa humana frente à ação do Estado. Trata-se, para Canotilho (2002), da primeira função dos direitos fundamentais²².

Percebe-se que as transformações trazidas pela perspectiva neoconstitucional têm como principal desafio a efetiva concretização dos direitos fundamentais – valores máximos do Estado Democrático de Direito – com o princípio da dignidade da pessoa humana de forma basilar.

Tal desafio pode ser observado na longa caminhada que o ordenamento jurídico brasileiro se encontra. Manoel Jorge e Silva Neto (2016, p. 20), em sentido contrário à Barroso (2015), acerca do processo de constitucionalização do direito no Brasil, aduz:

No Brasil, a Constituição não triunfou, tampouco triunfou a ciência que se ocupa do seu estudo. Nem mesmo a propalada constitucionalização do direito denota condição vitoriosa dos valores constitucionais. [...] No nosso país muito há ainda a caminhar até que se possa efetivamente concluir, com acerto, que o direito se constitucionalizou [...] A suposta constitucionalização do direito não é decorrência de um despertar constitucional no Brasil.²³

O novo direito constitucional e o fenômeno da constitucionalização do Direito no Brasil, apesar do longo caminho a percorrer, através de diversas características trazidas, contribuíram, contribuem e contribuirão para a efetivação dos direitos fundamentais. A Constituição Federal de 1988, sensível à disciplina dos direitos fundamentais, no contexto de redemocratização em que estava inserida, inaugurou a tutela em nível constitucional dos

²² Para Canotilho (2002, p. 407): “Os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sobre uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico – objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico – subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

²³ O referido autor trata do constitucionalismo brasileiro tardio, que não foi fruto, em absoluto, de um fator temporal, mas de “causas históricas, políticas e jurídicas”, e, da falta de uma cultura constitucional – “comportamentos e condutas, públicas ou privadas, tendentes a: I) preservar a ‘vontade de constituição’; II) efetivar, no plano máximo possível, os princípios e normas constitucionais; III) disseminar o conhecimento a respeito do texto constitucional” – nos Estados organizados através de uma Constituição que se faz ineficaz. (SILVA NETO, 2016, p. 19)

direitos da personalidade, expressos nos incisos X, XI e XII do seu artigo 5º²⁴, como também no bojo da cláusula geral de proteção à dignidade da pessoa humana²⁵.

1.3 A PRIVACIDADE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL DA PERSONALIDADE E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Na segunda metade do século XIX, num contexto de injustiças e revoltas, os direitos da personalidade passaram a ser construídos. A liberdade trouxe consigo o seu paradoxo, fazendo com que o homem, por ela, renunciasse direitos essenciais. Tal fato lastreou a criação de uma nova categoria que, segundo Schreiber (2013, p. 4):

fosse capaz de assegurar, no campo do próprio direito privado, a proteção daqueles direitos imprescindíveis ao ser humano, direitos que não se limitavam a uma liberdade ilusória e vazia, direitos superiores à própria liberdade, direitos a salvo da vontade do seu titular, direitos indisponíveis, direitos inalienáveis, direitos inatos.

Essa nova categoria abarcava os direitos inerentes ao homem, que independiam do reconhecimento do Estado. Seriam, então: “absolutos, imprescritíveis, inalienáveis e indisponíveis, características ainda hoje repetidas na legislação pátria e estrangeira” (SCHREIBER, 2013, p. 5).

Entretanto, até hoje é difícil conceituar o que seriam os direitos da personalidade, pois tratam-se de direitos que, apesar de serem inerentes, são resultados de uma complexidade que varia de acordo com o modo e aspirações de viver de cada homem na sociedade em que está inserido. Precisa-se observar a personalidade do homem individualmente, com suas

²⁴ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL: Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial; XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. (BRASIL, 1988)

²⁵ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL: Dos Princípios Fundamentais Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana. (BRASIL, 1988)

particularidades, no bojo de uma sociedade indispensável para sua formação.

Importante se faz não engessar tal conceito, pois, poderia impossibilitar uma efetiva tutela da personalidade. Compreende-se, então, como direitos da personalidade aqueles “reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos” (BITTAR, 2003, p.1).

Os direitos da personalidade possuem características peculiares, como anteriormente aduzido por Schreiber (2013), como a intransmissibilidade e irrenunciabilidade, conferindo uma projeção no tocante a garantias contra ações lesivas do próprio titular, como observado na época em que suscitaram a sua criação. A evolução dessa categoria de direitos foi minada por muito tempo, sendo despertada a partir da segunda metade do século XX.

Com isso, apesar de não ser necessário a positivação de tais direitos, motivo de serem inatos, cabendo apenas ao Estado declará-los fundamentais e coibir condutas contrárias (BITTAR, 2003), as modernas sociedades exigiram e os trouxeram de forma expressa em seus ordenamentos.

No Brasil, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, ocorreu expressamente a ampliação da proteção dos direitos da personalidade, assegurando a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, garantindo a tutela indenizatória inerente na hipótese de sua violação.

Trata-se da tutela elencada no bojo do art. 5º, X, da Constituição brasileira, reconhecidos, pois, como direitos fundamentais, os quais passaram a gozar de regime jurídico especial, aptos a cumprirem a meta da defesa da cidadania e do Estado Democrático de Direito. E, com isso, tais direitos possuem “duplo caráter” (FARIAS, 2008, p. 118), além de constituírem direitos fundamentais, são ao mesmo tempo direitos da personalidade.

Ademais, também estão inseridos na cláusula geral de proteção a dignidade da pessoa humana, que, no contexto dos pós-guerras, foi reconhecida como sendo “inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”, no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948).

Como visto, o fenômeno da constitucionalização do Direito no Brasil gerou impactos na consolidação e efetivação dos direitos fundamentais, principalmente com a colocação do

princípio da dignidade da pessoa humana como a base do ordenamento jurídico.

Importante salientar que a ligação entre dignidade humana e personalidade é indissolúvel, pois somente com a valorização da pessoa como um ser dotado de dignidade que surgiram os direitos da personalidade. Acerca dessa ligação, Ingo Sarlet (2001, p. 85) afirma:

[...]é precipuamente com fundamento no reconhecimento da dignidade da pessoa por nossa Constituição, que se poderá admitir [...] a consagração – ainda de modo implícito – de um direito ao livre desenvolvimento da personalidade [...] situa-se o reconhecimento e proteção da identidade pessoal (no sentido de autonomia e integridade psíquica e intelectual), concretizando-se – entre outras dimensões – no respeito pela privacidade, intimidade, honra, imagem, assim como o direito ao nome, todas as dimensões umbilicalmente vinculadas à dignidade da pessoa.

Isto posto, tem-se a conexão entre a dignidade da pessoa humana e a proteção da privacidade, intimidade, honra, imagem, entre outros, ou seja, entre a dignidade e a proteção da personalidade em suas múltiplas dimensões (SARLET, 2001).

Nesse diapasão, analisa-se a dignidade da pessoa humana, expressão vaga e de difícil conceituação²⁶, que, apesar de fundamental, tem sido banalizada²⁷.

Através do humanismo e da teoria moral de Immanuel Kant (2006), o homem adere um valor inestimado, passando daquele que contrata e que tem, para aquele que é. O homem é por ser e não por ter.

A noção kantiana da dignidade humana, trata do valor imanente ao ser humano, oriundo de sua capacidade racional que lhe permite, de forma livre e autônoma, agir moralmente e, por essa razão, impede que sejam os homens tratados como meios (TRAMONTINA; HAHN, 2013), sendo concebidos como um fim em si mesmo (PIOVESAN, 2009).

Ao analisar a expressão jurídica da dignidade, percebe-se que “é na dignidade humana que a ordem jurídica (democrática) se apoia e se constitui” (BODIN DE MORAES, 2006, p. 11). Na atualidade, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana é capaz de “conferir a unidade axiológica e a lógica sistemática necessárias à recriação dos institutos

²⁶ A dignidade por ser um valor-fonte é observada como um *topoi*, derivado de *topos*, que significa lugar comum, que serve de ponto de partida para que se criem outros pontos de partida.

²⁷ Neste sentido, Silva Neto (2016) elenca como uma das consequências do constitucionalismo brasileiro tardio, uma inadequada interpretação constitucional, o que gera efeitos desastrosos na efetivação dos direitos fundamentais, inclusive na necessária importância do princípio da dignidade da pessoa humana. Para ele, tal fundamento constitucional é interpretado, decorrente do baixo nível de cultura constitucional, como cláusula genérica.

jurídicos e das categorias do direito civil” (BODIN DE MORAES, 2006, p. 11), elevando, pois, a privacidade ao patamar que lhe serve.

Para Oscar Vilhena Vieira (2006, p.64), a “dignidade é multidimensional e está associada a um grande conjunto de condições ligadas à existência humana, tais como a própria vida, passando pela integridade física e psíquica, integridade moral, liberdade, condições materiais de bem-estar, etc.”.

E, finalizando a abordagem da dignidade humana, sem o intuito de exaurir o estudo, mas no sentido de reflexão contextual, Sarlet (2012, p. 77) ensina como sendo:

[...] qualidade intrínseca da pessoa humana, é algo que simplesmente existe, sendo irrenunciável e inalienável, na medida em que constitui elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado [...] é algo que se reconhece, respeita e protege, mas não que possa ser criado ou lhe possa ser retirado, já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente. Não é, portanto, sem razão que se sustentou até mesmo a desnecessidade de uma definição jurídica da dignidade da pessoa humana, na medida em que, em última análise, se cuida do valor próprio, da natureza do ser humano como tal.

Com isso, tem-se que a dignidade da pessoa humana é atribuída às pessoas, independentemente do que elas causaram à sociedade, aplicando-se, pois, à realidade de indivíduos que têm seus dados pessoais disponíveis no mundo digital, desprovidos de um tratamento digno com a atual forma de veiculação em massa desses dados.

A evolução conceitual dos direitos da personalidade foi observada através da construção de uma sociedade cada vez mais informatizada e comprometida com a dignidade da pessoa humana. Com isso, os direitos da personalidade são problematizados pela dinamização das relações enfrentadas pelos indivíduos na sociedade da informação, na qual a velocidade do fluxo de informações sobre as pessoas, hodiernamente, eleva a importância da proteção de tais direitos.

1.4 O DIREITO À INFORMAÇÃO NA ERA DA INTERNET

A internet, com o pretexto de informar sobre tudo e todos, por vezes invade a vida privada dos indivíduos. Tal ambiente armazena e divulga informações que podem causar danos

à dignidade das pessoas envolvidas, pois dados ficam retratados sem definição de tempo e com um amplo alcance de acesso (SCHREIBER, 2013).

O surgimento da Internet, a criação de redes sociais, comércio eletrônico, bancos de dados, e-mail e internet móvel, são alguns exemplos de mudanças significativas na sociedade, na qual a informação é produzida em grande escala, aumentando, por um lado, o desejo de ter cada vez mais acesso aos dados, e por outro lado, o anseio pela preservação da vida privada. (COSTA, 2016)

O direito à informação constitui uma das mais nobres e fundamentais características da sociedade democrática e configura *condicio sine qua non* para existência de um regime democrático. Não há como imaginar o pleno exercício da cidadania sem o seu devido reconhecimento, correspondendo ao “direito humano ao saber” (SARLET; MOLINARO, 2016, p. 11).

A internet fez com que o direito à informação atuasse como um direito infinito, pois os caminhos traçados pelo mundo virtual possibilitariam a amplitude do direito humano ao saber. Entretanto, através da vigilância que a Internet possibilitou, a liberdade adquirida por ela mesma, pode ser desamparada.

Nestes termos:

Mas a hipótese de liberdade infinita e anárquica garantida pela Internet entra em conflito com outra realidade que está diante de nossos olhos. Câmeras de vídeo para vigilância, a implacável coleta dos rastros deixados pelo uso do cartão de crédito ou durante a navegação na Internet, a produção e venda de perfis pessoais cada vez mais analíticos, as possibilidades de interconexão entre os mais diversos bancos de dados indicam a expansão progressiva de uma sociedade do controle, da vigilância e da classificação. (RODOTÁ, 2008, p. 145-146)

O ordenamento brasileiro reconheceu em diversos artigos da sua Constituição o direito à informação²⁸. Trata-se de uma liberdade cara aos sistemas democráticos e por essa razão objeto de explícita referência (SILVA NETO, 2018).

²⁸ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL: Art. 5º XIV- É assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; XXXIII- todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação

O direito à informação é tripartite, ou seja, desdobra-se em três diferentes dimensões, quais sejam, o direito de informar, o de informar-se e o de ser informado:

o direito de informar, que é uma faceta das liberdades de expressão e de imprensa; o direito de se informar, também conhecido como direito de acesso à informação, que envolve a faculdade de buscar informações por todos os meios lícitos; e o direito de ser informado, que é o direito da coletividade de receber informações do Estado e dos meios de comunicação sobre temas de interesse público. SARMENTO (2015, p. 7-8).

Corroborando com o mesmo entendimento, o direito à informação “diz respeito ao direito individual de comunicar livremente fatos e ao direito difuso de ser deles informado” (BARROSO, 2004, p. 18), compreendendo o direito de informar, de se informar e de ser informado (SVALOV, 2012).

Os novos meios de comunicação ativam a participação das pessoas na seleção, construção e depuração das informações que recebem, exprimindo um caráter revolucionário (SCHREIBER, 2014). Outrossim, “para o livre desenvolvimento da personalidade humana” o direito à informação é essencial, operando como “pressuposto para o exercício eficaz de todos os demais, pois habilita o cidadão a reivindicá-los melhor, fortalecendo o controle social sobre as políticas públicas que visam a promovê-los” (SARMENTO, 2015, p. 7).

Com efeito, a internet possui um poder de ruptura cultural, na qual todas as pessoas podem se comunicar com outras diferentes e distantes delas, trocando informações, abrigando “a cada ano mais línguas, culturas e variedade” (LÉVY, 1999, p. 92). Entretanto, o abuso desta liberdade fomenta a violação dos direitos da personalidade.

Dessa forma, “eventuais lesões a direitos fundamentais na internet tendem a ser mais graves, diante do amplo leque de destinatários da informação e do prolongado tempo de exposição no ambiente cibernético” (SILVA; DETONI, 2016, p. 612). Ademais, a titularidade do exercício do direito de informar e de ser informado nestes meios de comunicação é universal, podendo qualquer pessoa se valer da internet para fazer uso dos mencionados direitos (URÍAS, 2014).

A partir de uma realidade social ancorada na informação, com um acúmulo extremo de dados pessoais, o direito à privacidade busca encontrar o seu papel.

jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. (BRASIL, 1988)

1.5 A PRIVACIDADE NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

No atual contexto do superinformacionismo, observa-se um verdadeiro aglomerado de informações sobre tudo e todos (RULLI JÚNIOR; RULLI NETO, 2012). Vive-se em uma era marcada pela complexidade das relações sociais e pela evolução dos meios tecnológicos, na qual as informações podem ser compartilhadas de maneira instantânea.

O mundo está em um processo de transformação estrutural – multidimensional – associado ao aparecimento de um novo paradigma tecnológico na comunicação e na informação. As necessidades, valores e interesses da sociedade dão formas às tecnologias atuais, sendo as tecnologias da comunicação e da informação particularmente sensíveis aos efeitos do seu uso. (CASTELLS; CARDOSO, 2005)

O ciberespaço, também conhecido como virtualização da comunicação, é o espaço aberto pela interconexão mundial de computadores e suas memórias (LÉVY, 1999). Uma simples busca na internet sobre uma pessoa, pode informar mais sobre ela do que ela mesma poderia informar.

Esse transporte de informações de maneira rápida e eficiente é um estágio evolutivo importante para a atual sociedade, mas ao mesmo tempo gera de maneira negativa uma exacerbada difusão de informações que compromete em muitas vezes a vida privada das pessoas.

Outrossim, o “fluxo de divulgação e troca de informações e de dados pessoais são cada vez maiores e mais rápidos, fazendo com que as pessoas sejam diuturnamente vigiadas nas mais diversas formas (SILVA, 2016, p. 95). Com efeito, observa Eduardo Bittar (2015, p. 279):

Os avanços da tecnologia são surpreendentes, e são capazes de criar um novo universo de relações, especialmente as consideradas a partir do referencial da sociedade digital ou da informação. Acentuadamente, cada dia mais, a pessoa humana se encontra na dependência dos meios de eletrônicos, onde o trânsito de suas informações pessoais (autorizadas e não autorizadas) a expõe em constante risco.

Nesse panorama, com a difusão excessiva de informações, através do desenvolvimento dos meios de comunicação, especialmente a internet, os dados pessoais aparecem como uma

verdadeira mercadoria, sendo inclusive tratados como o novo petróleo²⁹ (GOMES, 2017). E, “o discurso sobre a privacidade cada vez mais concentra-se em questões relacionadas a dados pessoais e, portanto, informação” (DONEDA, 2006, p. 151).

Importante pontuar o que seria “informação” e o que seria “dado”. Para Doneda (2006, p. 152), dado apresenta uma “conotação um pouco mais primitiva e fragmentada [...] como uma informação em estado potencial, antes de ser transmitida”, ao passo que informação seria “algo além da representação contida no dado, chegando ao limar da cognição, e mesmo nos efeitos que esta pode apresentar para o seu receptor”. Entretanto, a doutrina por vezes não distingue os termos em questão, inclusive, na legislação pátria – Lei de Acesso à Informação³⁰ – os termos se confundem.

A Lei de Acesso à Informação, também conhecida como Lei da Transparência Pública tem como objetivo “estabelecer regras procedimentais a fim de garantir o direito de acesso a informações e à transparência, bem como o incentivo à participação popular no controle e no acompanhamento da gestão pública” (SOBRAL DE SOUZA; MOTA, 2016). À vista disso, vê-se que o aludido diploma legal não confere tratamento protetivo aos dados naquilo que exorbita a esfera da administração pública.

Por sua vez, dado pessoal seria “uma informação que permite identificar uma pessoa de maneira direta” (LIMBERGER, 2007, p. 61). Tal dado traria informações, nas quais as pessoas seriam reconhecidas e identificadas. Também pode ser conceituado como aquele dado que se refere a seres humanos, sendo qualquer informação sobre uma pessoa identificada ou identificável (GUARDIA, 2014).

Dentre as espécies de dado pessoal estão os dados sensíveis que são aqueles dados pessoais que estariam mais diretamente vinculados ao núcleo da personalidade e dignidade humana, como a origem racial ou étnica, opiniões políticas e religiosas, opção sexual, etc. (CHEHAB, 2015).

Importante ressaltar, no contexto da sociedade da informação, quando se fala em privacidade e dados pessoais, pensa-se em dados objetivos, como endereço, telefone, número

²⁹ “*Data is the new oil*”. Expressão trazida por Shimon Zilis, sócio de uma empresa de capital de risco chamada *Bloomberg Beta*, pelo aumento do valor dos dados e seu tratamento como mercadoria por governos e empresas. (GOMES, 2017)

³⁰ LEI 12.527/2011 – LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO: Art. 4º Para os efeitos desta Lei, considera-se: I - informação: dados, processados ou não, que podem ser utilizados para produção e transmissão de conhecimento, contidos em qualquer meio, suporte ou formato; IV - informação pessoal: aquela relacionada à pessoa natural identificada ou identificável. (BRASIL, 2011)

de identificação, cadastro de pessoa física, estado civil, fotografias, emprego, etc., porém tais dados são concretos, seus usos são objetivos (documentos podem ser clonados, criminosos podem abrir empresas e cometer crimes, fotos podem ser manipuladas, alguém pode surpreender um indivíduo na porta de casa ou do trabalho), e, com isso, as consequências dos seus usos também são concretas e objetivas. Ou seja, tudo isso fica muito bem claro no mundo material do século XXI. Porém, hoje, no século XXI, a maioria dos dados produzidos são subjetivos e também são os dados que mais dizem sobre as pessoas. O número de identificação ou o cadastro de pessoa física não irão revelar o perfil das pessoas, os gostos, os interesses e comportamentos, mas, o uso diário do mundo digital sim. (CARIBÉ, 2018)

Toda e qualquer movimentação que se faz no meio ambiente digital está sendo registrada, fazendo com que a quantidade de dados que circula no mundo aumente vertiginosamente a cada segundo. E tais dados armazenados servem para inúmeras finalidades. Pesquisas feitas, mensagens postadas e simples curtidas deixam rastros que ficam disponíveis para utilidades que melhoram a vida na sociedade da informação, mas que também podem ferir a privacidade dos indivíduos.

Com isso, os desafios da sociedade da informação são grandes e repercutem tanto na esfera pública quanto na esfera privada. Na realidade, o espaço entre a esfera pública e a privada passa a não mais existir, pois nessa atual sociedade, o espaço público é inundado com questões eminentemente privadas, numa invasão à intimidade da pessoa, por vezes contra a vontade dela.

Com efeito, a respeito dessa interação da esfera privada e a esfera pública:

While the public-private dichotomy might help to conceptualize physical privacy – to determine the boundaries of one’s home – the dichotomy adds more confusion than help when it comes to informational privacy. In contemporary networked digital information society, people sit in their private homes, connected to a public network, communicating with private friends, using public wires, exchanging private information, stored on public servers. In such a society, the distinction between public and private surely becomes blurred.³¹ (MAI, 2016, p. 196)

³¹ Em tradução livre: “Enquanto a dicotomia público-privada pode auxiliar a conceitualizar a privacidade física – determinando os limites da casa de alguém - a dicotomia causa mais confusão do que auxílio quando se trata de privacidade da informação. Na sociedade da informação em rede digital contemporânea, as pessoas sentam em suas casas privadas, conectadas a redes públicas, comunicando com amigos privados, usando cabos de transmissão públicos, trocando informações privadas, armazenadas em servidores públicos. Em uma sociedade com esta, a distinção entre público e privado certamente torna-se opaca.”

Desse modo, percebe-se que cada vez mais, as pessoas têm manifestado o interesse de poder controlar seus dados pessoais, entretanto carecem de ferramentas que lhes valham tal direito.

Segundo Pierre Lévy (1999, p. 92), “cabe apenas a nós continuar a alimentar essa diversidade e exercer nossa curiosidade para não deixar dormir, enterrada no fundo do oceano informacional, as pérolas de saber e de prazer – diferentes para cada um de nós – que esse oceano contém”.

Ou seja, as informações são necessárias para o pleno desenvolvimento da sociedade, entretanto, o oceano informacional traz conteúdos que atingem, diferentemente, o íntimo de cada um dos indivíduos.

Acerca do exposto, Paulo José da Costa Júnior (2007, p. 16-17) comenta:

Aceita-se hoje, com surpreendente passividade, que o nosso passado e o nosso presente, os aspectos personalíssimos de nossa vida, até mesmo sejam objeto de investigação e todas as informações arquivadas e livremente comercializadas. O conceito de vida privada como algo precioso, parece estar sofrendo uma deformação progressiva em muitas camadas da população. Realmente, na moderna sociedade de massas, a existência da intimidade, privacidade, contemplação e interiorização vêm sendo posta em xeque, numa escala de assédio crescente, sem que reações proporcionais possam ser notadas.

Percebe-se que os direitos da personalidade estão sofrendo uma grande perda com o acúmulo de informações fornecidas na moderna sociedade de massas. As pessoas cada vez mais estão com as suas privacidades atentadas, confrontadas com outros direitos, como o à informação.

1.6 O CONFLITO ENTRE DIREITO À INFORMAÇÃO E A PRIVACIDADE SOB A ÓTICA DA PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS

A perspectiva trazida pelas novas tecnologias gera uma grande preocupação com a privacidade. Uso de algoritmos e técnicas de captação de dados, mecanismos de interpretação e *softwares* para fins determinados, são algumas das maneiras utilizadas para que se consiga cruzar informações, as potencializando, gerando uma verdadeira comunicação entre dados (MIRANDA, 2018).

Com isso, a proteção à privacidade sob a ótica da proteção de dados pessoais é uma realidade e pode ser observada comumente em colisão com outra proteção fundamental. Entretanto, não se pode ignorar o fato de que a melhor forma de proteção a qualquer direito é a prevenção, e as novas legislações de proteção de dados evidenciam tal preocupação.

A colisão de direitos fundamentais, mais precisamente entre o direito à informação e os direitos da personalidade, é rotineiramente observada no ordenamento pátrio, tendo os tribunais se deparado com inúmeros casos. Entretanto, tal embate, levando-se em consideração a realidade da sociedade da informação, ganha uma nova roupagem com os atuais meios de comunicação, como a internet, ambiente que não esquece o que nele se divulga, perenizando as informações acerca dos indivíduos.

Diante do cenário posto, observa-se de um lado o direito à informação e do outro o direito à privacidade – incluído em seu bojo a proteção de dados pessoais – surgindo, com isso, uma colisão entre direitos fundamentais.

Em análise à colisão em questão, André Ramos Tavares (2005, p. 214) aduz que “o direito à privacidade, de natureza fundamental, não fugirá dessa problemática, posto que do outro lado da moeda aparecerá a liberdade de expressão e o seu sem-número de direitos conexos, como a liberdade de comunicação e de informação.”

Percebe-se que a privacidade está sendo ameaçada pela atual revolução tecnológica pois a sociedade informacional, ao potencializar o direito à informação, induz grande fluxo de divulgação e troca de informações que por vezes fere a dignidade dos indivíduos, colocando em choque tais direitos.

Merece destaque o fato de que os direitos fundamentais não devem ser entendidos ou aplicados como direitos absolutos, pois eles possuem limitações, inclusive a própria Constituição as traz. Neste sentido, Paesani (2014) adverte que as limitações servem para a garantia da ordenação da sociedade e dos direitos fundamentais de qualquer sujeito.

Ademais, adverte Silva Neto (2018, p. 862) que “em um Estado Democrático não deve haver outros limites ao direito de informar que os relativos à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (art. 5º, X, CF), bem assim aqueles atrelados ao interesse público”.

Isto posto, ao analisar os direitos em tela, percebe-se que eles possuem caminhos opostos. A privacidade segue o caminho da proteção da esfera privada, da intimidade, do sigilo, da não divulgação de informação pessoal, da proteção de dados. E, no caminho oposto, o direito à informação segue os ditames da livre circulação de informação, pensamentos, exposição, etc.

Nota-se que “o contexto tecnológico veio a agravar a situação, e, diante da grande possibilidade de coleta e tratamento de dados de maneira massificada” (MIRANDA, 2018, p. 45), levou a necessidade de buscar soluções para os possíveis embates.

É inquestionável que a informação é essencial para o desenvolvimento da sociedade, porém seu uso indiscriminado e com desvio de finalidade afronta a privacidade que deve ser garantida.

Nessa esteira, Canotilho (2002, p. 1229) considera “existir uma colisão autêntica de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular”.

Com efeito, observada a colisão, usam-se as técnicas de interpretação que garantam a unicidade da Constituição a partir da análise concreta dos valores e interesses em questão (BARROSO, 2013).

Assevera Alexy (2008, p. 93), sobre a colisão de princípios, que “se dois princípios colidem [...], um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção”. Trata-se, pois, do critério da ponderação.

Ademais, difere do critério utilizado no conflito entre regras, que deve ser resolvido pela subsunção, invalidando uma das regras e aplicando integralmente a outra, no caso de incompatibilidade total, ou eliminando o conflito com a inserção de uma cláusula de exceção (ALEXY, 2008).

Para Pontes (2000), o mecanismo da proporcionalidade constitui instrumento para que se estabeleçam os limites para cada bem jurídico tutelado, observado o caso concreto. A eficácia normativa dos princípios fundamentais é preservada respeitando os seus núcleos essenciais, e, a depender do caso concreto, um princípio tem mais eficácia que o outro, que, por sua vez, não será aniquilado. Busca-se a melhor solução jurídica possível.

A máxima da proporcionalidade³² é verificada pelas suas três sub-regras: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. A adequação do meio utilizado para a

³² Neste sentido, Virgílio Afonso da Silva (2014) entende que a aplicação da regra da proporcionalidade na seara restrição de direitos fundamentais é pautada na adequação, na necessidade e na proporcionalidade em sentido estrito. Na adequação primeiramente se indaga se a medida adotada é adequada para que se chegue no fim desejado. Na necessidade, por sua vez, é um juízo comparativo, que opta pela mais eficiente para a realização da medida proposta e que menos restrinja o direito fundamental abalado. E, por último, na proporcionalidade em sentido estrito, seria o sopesamento entre os direitos envolvidos, com intuito de impedir exageros e “evitar que medidas

persecução do fim, a necessidade desse meio utilizado e a aplicação estrito senso da proporcionalidade, isto é, da ponderação.

Com isso, fazendo uso do juízo de ponderação, mediante a valoração dos interesses em colisão e as particularidades do caso concreto, pautado nos parâmetros da proporcionalidade³³, haverá situações em que se dará preferência ao direito à privacidade, protegendo-se os dados pessoais, como também situações nas quais o direito à informação prevalecerá.

Nesse sentido, ensina Netto (2016, p. 404), que “não é possível dizer, de modo prévio, qual princípio irá prevalecer. A resposta depende da ponderação de valores relevantes nas circunstâncias específicas”.

A resolução desse conflito, então, só poderá ser decidida à luz dos casos concretos, e, nessa situação, o problema deve ser solucionado através da fixação de relações condicionadas de precedência, na qual, segundo Alexy, será analisada a dimensão de peso “quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência” (ALEXY, 2008, p. 94).

Esclarece Miranda (2018, p. 52):

sendo o direito à privacidade e o direito à informação inerentes à personalidade humana reconhecidamente direitos humanos e protegidos constitucionalmente, um não subjuga o outro, ou seja, não existe qualquer hierarquia entre ambos, cabendo ao julgador a avaliação, observando-se o caso concreto. Assim, caberá ao julgador a utilização de parâmetros constitucionais para a ponderação dos princípios hipoteticamente colidentes, prestigiando a manutenção de ambos.

Com isso, em relação ao conflito dos princípios em tela, quais sejam, o direito à informação e o direito à privacidade, deve-se buscar a solução através da teoria da ponderação, utilizando-se do princípio da dignidade da pessoa humana como norte de todo o ordenamento pátrio.

estatais, embora adequadas e necessárias, restrinjam direitos fundamentais além daquilo que a realização do objetivo perseguido seja capaz de justificar” (SILVA, 2014, p. 175).

³³ Após o uso da proporcionalidade, “ficará evidente que um dos pleitos (o de proteção à privacidade ou o da legalidade na coleta, transmissão ou tratamento de dados), será desnecessário, desproporcional e inexigível, situação na qual deverá, excepcionalmente, haver prevalência de um direito fundamental sobre o outro, de forma casual e momentânea, para que se alcance uma solução”. (MIRANDA, 2018, p. 53)

Entretanto, no ordenamento jurídico brasileiro, após a Emenda Constitucional nº 45/2004, que alterou o art. 93, IX³⁴, da Constituição Federal de 1988, condicionou-se às hipóteses de que a intimidade do interessado não prejudicasse o interesse público à informação. Trata-se, pois, de prestígio de modo absoluto ao direito à informação quando o interesse público impuser a divulgação da notícia em caso de sopesamento entre o direito à intimidade e a liberdade de informação.

Nesse caso concreto, “o interesse público à informação, cederá sempre o direito à intimidade em favor da liberdade de informação” (SILVA NETO, 2018, p. 871), afastando a técnica da ponderação de interesses para solucionar tal contraposição.

O ordenamento brasileiro buscou, com isso, assegurar a liberdade de informação jornalística de eventuais censuras, enaltecendo o interesse público para a divulgação do fato. Importante observar que o texto constitucional apenas se referiu à intimidade, uma das manifestações da esfera da personalidade que está incluída no conceito amplo e genérico da privacidade utilizado nesta dissertação, com isso, as demais manifestações da personalidade – vida privada, honra, imagem – assim como o controle de dados pessoais, não foram prejudicadas, e devem ser objetos da técnica da ponderação analisada anteriormente.

Busca-se, pois, assegurar e proteger o direito à informação, um dos pilares democráticos, como também o desenvolvimento digno da personalidade, valor constitucional indispensável, no atual contexto do ciberespaço.

1.7 A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E OS DIREITOS HUMANOS

A proteção à privacidade em sua dimensão de proteção de dados pessoais, no atual contexto da sociedade da informação, necessita de uma majoração pela velocidade em que o ciberespaço age. Com isso, tal proteção, ainda não suficientemente explorada na seara jurídica, talvez por não conseguir acompanhar os passos rápidos da seara virtual, começa a aparecer

³⁴ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL: Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. (BRASIL, 1988)

através de legislações específicas ancoradas na necessidade da manutenção da privacidade lastreada pela dignidade da pessoa humana.

Nessa esteira, Paesani (2014, p. 2) afirma que, “mesmo sendo conservador, o Direito não pode ser omissivo e deve procurar fazer justiça, superando-se e adaptando-se à natureza livre da Internet, numa tentativa de preservar os direitos dos cidadãos, sua privacidade e integridade”.

A falta de fronteiras e a excessiva transmissão de dados que a internet construiu, geraram integrações econômicas e sociais entre nações, mas também ausência de parâmetros para a proteção de dados pessoais e seu tratamento, afetando diretamente valores como a privacidade (MIRANDA, 2018). Tal fato, aduziu a necessidade de uma regulação internacional sobre o tema.

Primeiramente, deve-se compreender a nomenclatura “direitos humanos”. Expressão de bastante uso nos dias atuais, os direitos humanos eram percebidos como aqueles direitos estabelecidos em tratados e normas internacionais, nem sempre exigíveis no âmbito interno (RAMOS, 2014). Por sua vez, a nomenclatura “direitos fundamentais” seria relacionada aos direitos reconhecidos no âmbito nacional e positivados em uma Constituição. Entretanto, observou-se em normas internacionais a expressão “direitos fundamentais” e em constituições o termo “direitos humanos”, assim como a exigibilidade dos direitos humanos no âmbito interno. Ademais, a aproximação entre o Direito Internacional e o Direito interno, fez com que ocorresse a não diferenciação³⁵ entre os termos:

Muitos já utilizam uma união entre as duas expressões vistas acima, “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, criando-se uma nova terminologia: “*direitos humanos fundamentais*” ou ainda “*direitos fundamentais do homem*”. Essa “união de termos” mostra que a diferenciação entre “direitos humanos, representando os direitos reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, e os “direitos fundamentais”, representando os direitos positivados nas Constituições e leis internas,

³⁵ Em sentido contrário, Ingo Sarlet os diferencia: “o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional). A consideração de que o termo ‘direitos humanos’ pode ser equiparado ao de ‘direitos naturais’ não nos parece correta, uma vez que a própria positivação em normas de direito internacional, de acordo com a lúcida lição de Bobbio, já revelou, de forma incontestável, a dimensão histórica e relativa dos direitos humanos, que assim se desprenderam – ao menos em parte (mesmo para os defensores de um jusnaturalismo) – da ideia de um direito natural.” (SARLET, 2012, p. 17). Da mesma maneira Manoel Jorge e Silva Neto (2018, p. 777), aduz que se “é certo constatar que a ciência do direito utiliza, muitas vezes, tais expressões como sinônimas, o rigor técnico exigível de quem se propõe a descrever o sistema normativo impõe desvendar a dessemelhança havida entre as diversas terminologias [...] com efeito, não se poderá encontrar absoluta identidade entre ‘direitos fundamentais’, ‘direitos do homem’ ou ‘direitos humanos’”.

perde a importância, ainda mais na ocorrência de um *processo de aproximação e mútua relação entre o Direito Internacional e o Direito interno na temática dos direitos humanos*. (RAMOS, 2014, p. 47).

Assim como a terminologia “direitos humanos”, o conceito de direito internacional dos direitos humanos também possui um caráter evolutivo. Para Perez Luño (1990, p. 48), trata-se do “conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional”. Corroborando com tal entendimento, aduz MORAES (2002, p. 39), como sendo o direito internacional dos direitos humanos:

o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.

Ou seja, o objetivo dos direitos humanos é erradicar possibilidades que vão de encontro com a dignidade da pessoa humana, e, no dado momento histórico da sociedade da informação, com os dados pessoais em trânsito constante no ciberespaço, como visto, a privacidade está ameaçada e precisa ser melhor observada.

Isto posto, o tratamento internacional dado à proteção de dados pessoais é para assegurar a privacidade, direito da personalidade ancorado pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

O direito à privacidade teve como principal impulsionador a Declaração Universal dos Direitos do Homem³⁶, em 1948. Porém, a proteção internacional do direito à privacidade apareceu primeiro, nesse mesmo ano, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem³⁷. Percebe-se, pois, que o ano de 1948 tornou-se o marco inicial da proteção internacional do direito à privacidade, inaugurando uma série tratamentos que se seguem.

³⁶ DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Art. 12: “ninguém será objeto de ingerências arbitrárias em sua vida privada, sua família, seu domicílio ou sua correspondência, nem de ataques a sua honra ou a sua reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou ataques” (ONU, 1948).

³⁷ DECLARAÇÃO AMERICANA DOS DIREITOS E DEVERES DO HOMEM Art. 5º “toda pessoa tem direito à proteção da lei contra os ataques abusivos a sua honra, a sua reputação e a sua vida privada e familiar” (OEA, 1948).

Em 1950, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais³⁸ também declarou a proteção ao direito à intimidade e a vida privada. Algum tempo depois, em 1966, surge o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos³⁹. Ato contínuo, em 1969, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁴⁰, conhecida como Pacto San Jose da Costa Rica, trouxe a proteção da vida privada em um artigo destinado a tratar da proteção da honra e da dignidade.

Em 1981, a Convenção 108 do Conselho da Europa⁴¹ reconheceu que privacidade e proteção de dados são fundamentais para a manutenção das liberdades e direitos humanos em face às tecnologias da informação. Tal convenção foi o primeiro instrumento internacional juridicamente vinculativo para a proteção de dados⁴². Em 2018, ela foi atualizada⁴³ abordando

³⁸ CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM E DAS LIBERDADES FUNDAMENTAIS: Art. 6º Direito a um processo equitativo: “[...] o acesso à sala de audiência poderá ser proibido à imprensa e ao público durante a totalidade ou uma parte do processo, em interesse da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional em uma sociedade democrática, quando os interesses dos menores ou a proteção à vida privada das partes do processo assim o exijam”. Art. 8º Direito ao respeito pela vida privada e familiar: “Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem - estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.” (COUNCIL OF EUROPA, 1950)

³⁹ PACTO INTERNACIONAL DE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS Art. 14: “Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. A imprensa e o público poderão ser excluídos de parte ou de totalidade de um julgamento, quer por motivo de moral pública, de ordem pública ou de segurança nacional em uma sociedade democrática, quer quando o interesse da vida privada das Partes o exija, em circunstâncias específicas, nas quais a publicidade venha a prejudicar os interesses da justiça; entretanto, qualquer sentença proferida em matéria penal ou civil deverá tornar-se pública, a menos que o interesse de menores exija o procedimento oposto ou o processo diga respeito a controvérsias matrimoniais ou à tutela de menores.” Art. 17 “Ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou legais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra e reputação. Toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas.” (ONU, 1966)

⁴⁰ CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS Art. 11 “Proteção da honra e da dignidade. §1º - Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. §2º - Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.” (OEA, 1969).

⁴¹ CONVENÇÃO PARA A PROTEÇÃO DAS PESSOAS RELATIVAMENTE AO TRATAMENTO AUTOMATIZADO DE DADOS DE CARÁCTER PESSOAL Artigo 1º “Objectivos e finalidades: A presente Convenção destina-se a garantir, no território de cada Parte, a todas as pessoas singulares, seja qual for a sua nacionalidade ou residência, o respeito pelos seus direitos e liberdades fundamentais, e especialmente pelo seu direito à vida privada, face ao tratamento automatizado dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito (protecção dos dados). (COUNCIL OF EUROPA, 1981)

⁴² “A Convenção 108 está aberta à adesão de Estados que não sejam membros do Conselho da Europa, incluindo países não europeus. O potencial da Convenção para se afirmar como uma norma universal e o seu carácter aberto poderiam servir de base para promover a proteção de dados a nível mundial” (CONSELHO DA EUROPA, 2014, p. 17). O Brasil não aderiu.

⁴³ No 128th Session of the Committee of Ministers (Elsinore, Denmark, 17-18 May 2018) – Modernised Convention for the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data – Consolidated text. (COUNCIL OF EUROPA, 2018)

os desafios da privacidade resultantes do uso de novas tecnologias da informação e comunicação.

A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, promulgada em 2000, reconheceu o respeito pela vida privada e familiar e a proteção de dados pessoais, em seus artigos 7º e 8º⁴⁴. Tal carta tratou a proteção à vida privada e familiar embasada numa “proteção estática e negativa”, caracterizada pela objeção na “interferência na vida privada e familiar de uma pessoa” (RODOTÀ, 2008, p. 17). Já a proteção de dados pessoais seria mais dinâmica e positiva, “que segue o dado em todos os seus movimentos”, regrando os instrumentos de processamento de dados e legitimando os atores necessários a fim de se cumprir as medidas de proteção (RODOTÀ, 2008, p. 17).⁴⁵

Não restam dúvidas sobre a importância da privacidade e do consequente reconhecimento da sua proteção. A sociedade evolui e a proteção dos direitos humanos deve acompanhar essa evolução de maneira que a tecnologia não interfira na efetivação de tais direitos. O tratamento internacional exposto abriga a amplitude que o direito à privacidade foi ganhando com o passar dos anos, e, a partir da década de 80, a proteção da personalidade com o respeito ao tratamento dos dados de caráter pessoal começa a aparecer.

Ademais, importante salientar, que os países ao assinarem os tratados de Direitos Humanos devem incorporá-los e efetivá-los em seus ordenamentos jurídicos, inspirando, inclusive, tratamentos e legislações internas sobre a temática, visto o avanço da tecnologia e a falta de tratamento de dados pessoais no ciberespaço.

Com isso, na evolução da proteção de dados pessoais observam-se, dentre outros mecanismos, o Novo Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia – *GDPR* no âmbito internacional, e a Lei nº 13.709/2018 – Nova Lei Geral de Proteção de Dados no âmbito nacional. Os dois citados mecanismos de proteção de dados serão vistos adiante.

⁴⁴ CARTA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA. Artigo 7º Respeito pela vida privada e familiar. Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua vida privada e familiar, pelo seu domicílio e pelas suas comunicações; Artigo 8º Proteção de dados pessoais. 1. Todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito. 2. Esses dados devem ser objeto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respetiva retificação. 3. O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente. (PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, 2000)

⁴⁵ Apesar de Rodotà (2008) entender a proteção de dados como um direito fundamental autônomo, a presente dissertação, ao entender que a privacidade possui um sentido amplo, trata tal proteção como uma dimensão da privacidade.

2 DO CAPITALISMO DE VIGILÂNCIA

Para que se possa entender o Capitalismo de Vigilância, faz-se necessária a análise dos conceitos de Internet das Coisas (*Internet of things - IoT*) e *Big Data*, além de observar o protagonismo dos algoritmos de Inteligência Artificial (IA), com o uso de técnicas automatizadas capazes de criar perfis comportamentais dos usuários. Sucessivamente, adentra-se nesse novo modelo de capitalismo, englobando o contexto em que se encontra e em como a monetização dos dados pessoais ameaça a privacidade.

2.1 A INTERNET DAS COISAS- *IoT* e O *BIG DATA*

A história da internet pode ser dividida em três gerações: internet das máquinas, internet das pessoas e internet das coisas (BRITO, 2014). A Internet, originalmente, foi concebida para conectar máquinas, que são dispositivos fixos e, por essa razão, tratava-se da geração da Internet das Máquinas.

Posteriormente, a partir da década de 1990, ocorre a popularização da internet com cunho comercial e, já no século XXI, a disseminação maciça dos dispositivos móveis deram origem a uma nova geração, na qual os usuários passam a ser mais importantes que as próprias máquinas. Essa geração conecta pessoas através de redes sociais da Internet em qualquer lugar e a qualquer tempo, por meio de um computador ou de um dispositivo móvel (tablets e smartphones). (BRITO, 2014).

Finalmente, chega-se a chamada Internet das Coisas – *IoT (Internet of Things)*, em que qualquer coisa poderá estar conectada à Internet para os mais diversos fins, graças à evolução tecnológica viabilizando chips cada vez menores e com maior poder computacional. (BRITO, 2014)

A Internet das Coisas é um conceito que desponta como uma evolução da internet, desencadeando um novo paradigma tecnológico, social, cultural e digital (MANCINI, 2018). Trata-se, sucintamente, da maneira como os objetos físicos estão conectados e se comunicando entre si e com os usuários, através de sensores inteligentes e softwares que transmitem dados para uma rede (PIRES et al., 2015). Com isso, os objetos do dia a dia adquirem capacidade computacional e de comunicação, viabilizando o seu controle remoto, o acesso por provedores

de serviço, tornando-os *smart objects* – objetos inteligentes (MANCINI, 2018).

Hoje, consegue-se observar facilmente muitos objetos inseridos no mundo da interconexão digital. Relógios, geladeiras, carros, televisores, lâmpadas e as fechaduras das casas, são alguns dos exemplos. A *IoT* representa, pois, um grande salto na capacidade de coletar, analisar e distribuir dados, através de objetos utilizados no cotidiano.

O termo Internet das Coisas aparece pela primeira vez em 1999, quando Kevin Ashton, cofundador e diretor executivo do Auto-ID Center, proferiu uma palestra para a Procter & Gamble, e apresentou uma nova ideia do sistema RFID⁴⁶ para a rastreabilidade do produto na cadeia de suprimentos. Em sua apresentação trouxe como título a expressão “Internet of Things”, como uma maneira de chamar atenção dos executivos. (ASHTON, 2009).

Para ele, os computadores - e, portanto, a Internet - são quase totalmente dependentes dos seres humanos para obter informações, pois, a maioria dos dados disponíveis na Internet foram capturados e criados por seres humanos (digitando, pressionando um botão de gravação, tirando uma foto digital ou digitalizando um código de barras) e esse é um grande negócio da economia. A sociedade e a sobrevivência são baseadas em coisas e não em ideias ou informações, entretanto, a tecnologia da informação de hoje é tão dependente de dados originados por pessoas que nossos computadores sabem mais sobre ideias do que sobre coisas (ASHTON, 2009).

If we had computers that knew everything there was to know about things—using data they gathered without any help from us—we would be able to track and count everything, and greatly reduce waste, loss and cost. We would know when things needed replacing, repairing or recalling, and whether they were fresh or past their best. (ASHTON, 2009, p. 1)⁴⁷

Ou seja, Kevin Ashton aduziu que seria necessário que os computadores coletassem informações eles mesmos de modo que se comuniquem sem a interação humana. E isso, com a evolução das tecnologias da informação, virou uma realidade.

A Internet das Coisas revolucionou os modelos de negócios e a interação da sociedade

⁴⁶ *Radio Frequency Identification* (Identificação por Radiofrequência) – RFID é uma tecnologia de identificação que utiliza a radiofrequência para o intercâmbio de dados.

⁴⁷ Em tradução livre: “Se tivéssemos computadores que soubessem tudo o que havia para saber sobre as coisas - usando dados que eles coletavam sem qualquer ajuda nossa -, poderíamos rastrear e contar tudo e reduzir muito o desperdício, a perda e o custo. Saberíamos quando as coisas precisavam ser substituídas, consertadas ou recuperadas, e se eram frescas ou passadas.”

com o meio ambiente, tornando os limites cada vez mais tênues entre os objetos físicos e os virtuais. (LACERDA; LIMA-MARQUES, 2015). A constante conexão de pessoas e coisas gera a capacidade de interpretar as diversas formas para atender as necessidades humanas. Ocorre, então, a interligação entre pessoas, objetos e empresas, para que, através da percepção dos hábitos e características dos usuários, se consigam matérias-primas para identificar futuros comportamentos e lançamentos de novas coisas.

Ou seja, a *IoT* pode gerar, às empresas, uma incrível quantidade de informações relevantes e estruturadas. É nesse sentido que se faz necessário compreender o *Big Data*, ou em tradução literal “grandes dados”, pois sua relação com a *IoT* é inevitável.

Como visto, a *IoT* possui a capacidade de adquirir dados por meio da conexão entre coisas e usuários, entretanto tais informações podem gerar um leque de possibilidades para as empresas. Isto posto, é necessário interpretar os dados e transformá-los em informações úteis. A integração da alta quantidade de dados qualificados obtidos pela conexão coisas/usuários e a tecnologia de *Big Data*, com análises avançadas, promove muitas situações favoráveis às empresas.

Com efeito, as empresas objetivam detalhar os hábitos, comportamentos e necessidades comuns do público-alvo, sendo este o melhor meio para agregar valor ao produto ou serviço comercializado. *Big Data*, então, é o ambiente “que a Internet das coisas quer alcançar, pois ele almeja gerar, no mundo virtual, o máximo possível de dados do mundo físico” (FURLAN; LAURINDO, 2017, p. 99).

O termo *Big Data* surgiu no início do século XXI, numa época marcada por computadores que não possuíam memórias suficientes para armazenar a quantidade de dados disponíveis, relevando a importância de criar novas formas e instrumentos capazes de analisar os grandes bancos de dados formados. Trata-se de uma expressão ampla, vaga e, por vezes, imprecisa (CRAWFORD; SCHULTZ, 2014), comportando interpretações e significados diversos, principalmente por ser utilizada de maneira multidisciplinar.

Vale destacar algumas definições de *Big Data* como “*refers to things one can do at a large scale that cannot be done at a smaller one, to extract new insights or create new forms of value, in ways that change markets, organizations, the relationship between citizens and governments, and more*”⁴⁸ (MAYER-SCHONBERGER; CUKIER, 2013, p. 6). E, de maneira

⁴⁸ Em tradução livre: “refere-se a coisas que se podem fazer em grande escala, que não podem ser feitas em escala menor, de forma a extrair novas ideias ou criar novas formas de valor, de maneira que acabam mudando mercados, organizações, a relação entre os cidadãos e os governos, dentre outros.”

geral, *Big Data* se resume a um “conceito de explosão de dados de forma incontrolável e a necessidade de transformar esses dados em informações que possam ser utilizadas para direcionar os negócios e as estratégias das organizações, minimizar riscos, e apoiar o processo de tomada de decisões” (VIANNA; DUTRA; FRAZZON, 2016, p. 193)

Os dados estão em todos os lugares, dessa forma, cada página acessada, pelo smartphone, tablet ou computador, envia informações e uma explosão do número de dados gera o que se chama de *Big Data*.

Quanto aos aspectos do *Big Data*, pode-se observar cinco nuances importantes, e, a depender dos autores que abordam a temática, alguns aspectos podem ser suprimidos. São eles: volume, velocidade, variedade, veracidade e valor.

Inicialmente, Doug Laney (2001) elencou os três primeiros V's como dimensões do *Big Data*: “volume se refere à grande quantidade de dados, velocidade seria aquela com a qual as informações são captadas e transmitidas - muitas vezes em tempo real e ininterruptamente, e variedade seria a multiplicidade de tipos de dados e fontes para obtenção destes em larga escala” (GOMES, 2017, p. 20). Além desses três aspectos, acrescentam-se mais dois V's, a veracidade, que seria a confiabilidade, garantindo o máximo possível de consistência nos dados, e o valor, que é o benefício/retorno do investimento para as empresas. (MARR, 2015)

Importante frisar que muitos benefícios provenientes do fenômeno cultural e tecnológico do *Big Data* ocorrem através da análise e utilização secundária do banco de dados, ou seja, distante da finalidade inicial para qual os dados foram coletados (GOMES, 2017, p. 22). Nesse sentido,

big data se refere, necessariamente, à análise de grande quantidade de dados, realizada de maneira automatizada por algoritmos, com intuito de extrair resultados e benefícios. O acúmulo de conhecimento e informação, que um dia significou estudar, conhecer e compreender o passado, está se transformando, significando, com o *big data*, a habilidade de prever o futuro.

Isto posto, a habilidade de prever o futuro, finalidade diferente da inicial, pode ser conseguida através do uso de algoritmos, mecanismos de inteligência artificial, extraindo valores dos dados, permitindo a tomada de decisões autônomas e fornecendo novos dados que a análise humana não atingiria.

Apesar dos inegáveis benefícios econômicos e sociais, o *Big Data* desafia institutos

jurídicos, inaugurados em contextos diversos do atual, especialmente a privacidade. Então, o tratamento do grande volume de dados (*Big Data*) e a Internet das Coisas, necessitam um do outro, e, juntos à privacidade, são a tríade do nosso futuro tecnológico (PALANZA, 2016), trazendo desafios para a sociedade.

2.2 O PROTAGONISMO DOS ALGORITMOS DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Para que se possa analisar e realizar o tratamento de grande volume de dados, é necessário o uso de mecanismos automatizados, através de algoritmos de inteligência artificial. Comumente vistos e utilizados, os *cookies*⁴⁹, arquivos robôs, eram e ainda são utilizados pelos servidores de internet para rastrear o comportamento dos usuários, os diferenciando e capturando os dados decorrentes da navegação. Seu principal intuito é de colaborar na próxima utilização do usuário em um mesmo sítio digital. Tal ferramenta é utilizada para traçar um perfil do usuário, e dessa maneira, oferecer-lhe produtos de acordo.

Os dados geram informações valiosas sobre usos e costumes dos usuários que vão servir para publicidade, vendas, etc. Ou seja, qualquer navegação não anônima⁵⁰ deixa um rastro digital.

Para tanto, o rastro digital é um conjunto de informações sobre tudo o que se faz na rede, como cliques, curtidas, pesquisas, informações publicadas voluntariamente, compras, compartilhamentos, etc. E, através dessas “pegadas” digitais, que se é possível conhecer muito sobre a vida de um usuário.

O uso dos algoritmos na Inteligência Artificial (IA) são, pois, a inovação em captura e concatenação de informações para a criação de um novo perfil do usuário, com “capacidade para processar bilhões de informações e transformá-las em dados estruturados” (SHINOHARA, 2018, p. 40). São alguns exemplos de recursos de inteligência artificial “os assistentes pessoais virtuais, celulares capazes de entender a voz humana, aplicativos de tradução automática, filtros de spam, GPS com otimização de rotas em tempo real e sistemas de reconhecimento de

⁴⁹ “Mecanismo através do qual o lado do servidor de conexões de acesso à Internet pode tanto armazenar como recuperar informações do lado do cliente da conexão. A adição desse simples e persistente status do lado cliente/servidor amplia, significativamente, as capacidades de aplicações entre cliente e servidor, baseadas na web.” (SILVA NETO, 2001, p. 74)

⁵⁰ Opção que os navegadores dão para diminuir o número de rastreadores de conteúdos e buscas. Ex: “Nova janela privativa” do Mozilla Firefox, “Nova janela anônima” do Google Chrome e “Navegação InPrivate” do Internet Explorer.

imagens” (SHINOHARA, 2018, p. 40).

Inteligência Artificial⁵¹ trata-se, pois, de “uma ciência multidisciplinar que busca desenvolver e aplicar técnicas computacionais que simulem o comportamento humano em atividades específicas” (GOLDSCHMIDT, 2010, p. 8). E, através da utilização de algoritmos extrai das informações, os dados que o ser humano não conseguiria.

Para tanto, define-se algoritmo como “*a series of steps undertaken in order to solve a particular problem or accomplish a defined outcome. Algorithms can be carried out by people, by nature, or by machines*”⁵² (DIAKOPOULOS, 2013, p. 3). Ou ainda, “*l’algoritmo è un procedimento matematico de calcolo, descrivibili con un numero finito di regole, ovvero un’istruzione proceduralizzata per l’esecuzione di un’operazione più o meno complessa o per la risoluzione di un problema*”⁵³ (PITRUZZELLA, 2017, p. 64)

Dentro da inteligência artificial existem técnicas diferentes que modelam a “inteligência”. Neste cenário, através de combinações de tecnologias, os computadores tomam decisões auxiliados pelos algoritmos que são capazes de reconhecer padrões e conseguem, pois, fazer previsões. Trata-se da chamada *Machine Learning*⁵⁴ ou aprendizagem de máquina. Como exemplos, as recomendações de filmes e músicas na Netflix e no Spotify, respectivamente, baseadas em históricos de pesquisa e acessos.

Os algoritmos da *Machine Learning* necessitam de dados para extrair características e aprendizados utilizados na tomada de decisões futuras. Um subgrupo específico de técnicas de *Machine Learning* são chamadas de *Deep Learning*⁵⁵, que utilizam redes neurais profundas e dependem de muitos dados para o treinamento. Tal técnica permite, por exemplo, que o celular organize as fotos capturadas, classificando lugares, pessoas e animais, assim como as marcações antecipadas de pessoas em fotos nas redes sociais.

⁵¹ Tal expressão foi um produto de uma conferência acadêmica no Dartmouth College em 1957, no artigo de Alan Turing, datado de 1950, e seu “jogo da imitação”, conhecido como “Teste de Turing”. Apesar de Turing iniciar seu artigo propondo questionar se as máquinas podem pensar, ele imediatamente reconhece várias dificuldades com a questão em si. (GUNKEL, 2012)

⁵² Em tradução livre: “uma série de passos empreendidos para resolver um problema particular ou realizar um resultado definido. Os algoritmos podem ser realizados por pessoas, por natureza ou por máquinas.”

⁵³ Em tradução livre: “o algoritmo é um procedimento de cálculo matemático, descritível com um número finito de regras, ou uma instrução procedimental para a execução de uma operação mais ou menos complexa ou para a resolução de um problema”.

⁵⁴ “É a área da ciência da computação que estuda a melhor forma de ensinar computadores a aprender, exercendo funções de forma natural, sem parecer que foram programados para isso.” (SHINOHARA, 2018, p. 40).

⁵⁵ “É uma técnica da *Machine Learning* composta por uma rede neural artificial, uma versão matemática de como uma rede neural biológica funciona, composta de camadas que se conectam para realizar tarefas de classificação.” (SHINOHARA, 2018, p. 41)

Ou seja, as máquinas aprendem com os dados através de algoritmos, e, quanto mais dados existirem, maior será a performance dos algoritmos de inteligência artificial, por isso a importância dentro da atual conjuntura do *Big Data*.

Com efeito, a inteligência artificial modificou a maneira de como as pessoas e a tecnologia se relacionam, “automatizando processos nunca antes imaginados e capacitando máquinas a imitar o comportamento humano” (SHINOHARA, 2018, p. 40). Tal tecnologia aponta para um futuro no qual as plataformas terão aprendido tanto com os dados, de maneira que sua performance alcance ou supere à humana⁵⁶.

2.3 O CAPITALISMO DE VIGILÂNCIA

O termo “capitalismo de vigilância” aparece pela primeira vez em um artigo intitulado “*Big other: surveillance capitalism and the prospects of an information civilization*”⁵⁷ da autora norte-americana Shoshana Zuboff, em 2015. A importância de sua obra foi fornecer uma visão através do amplo contexto em que se vive e levantar a discussão atual da temática.

Através dos circuitos de alta velocidade do universo digital, oportunos para a massificação de um grande fluxo de dados, uma subespécie totalmente nova do capitalismo surgiu, na qual os lucros derivam da vigilância e da modificação unilateral do comportamento humano: o capitalismo de vigilância (ZUBOFF, 2015).

A definição do Capitalismo de Vigilância se situa em uma nova ordem econômica que considera a vivência humana como matéria-prima gratuita para práticas comerciais ocultas de extração, predição e venda (ZUBOFF, 2015).

Capitalismo de vigilância seria uma mutação do capitalismo que utiliza a imensurável quantidade de dados do *Big Data*, adquiridos através da vigilância e fornecidos gratuitamente pelos usuários às empresas de tecnologia que, através das técnicas vistas, transforma a matéria-prima (informações) em produto final altamente lucrativo (dados tratados), no atual estágio da modernidade.

⁵⁶ Para Luciene Shinohara (2018, p. 42), “as máquinas ainda não são desenvolvidas a ponto de atuar como cérebro humano de forma criativa. Elas podem auxiliar as vidas das pessoas, mas o cérebro humano ainda não é compreendido de forma que seja possível um dia ser simulado fielmente em uma forma artificial.”

⁵⁷ Em tradução livre: O grande outro: o capitalismo de vigilância e as perspectivas de uma civilização da informação.

Acerca do medo no mundo moderno, Bauman (2003) revela as perspectivas geradas pelas incertezas da modernidade líquida, através da envoltura do homem moderno em uma nuvem de insegurança e na luta para evitar os perigos que o aflige, em busca de dispositivos que passem algum senso de proteção, ao mesmo tempo em que é bombardeado pela visão do terror global, e todo o impacto negativo da globalização.

Foucault (1987) apresenta a vigilância como um conceito negativo, que resulta em coerção e dominação. Seria o instrumento de poder para disciplinar associada a ideia do modelo pan-óptico⁵⁸, que envolve colocar alguém no centro para vigiar, exercendo soberania sobre os indivíduos.

Para Bauman (2013), tal modelo utilizado por Foucault (1987) para estabelecer a ideia de que a visibilidade é uma armadilha, não se observa mais. O homem moderno não mais se esconde, ele se expõe, e a ideia de constante vigilância faz com que ela molde e iniba a forma de ser aceito dentro daquele meio. As pessoas que cercam as outras se tornam os carcereiros nas normas sociais do que seria aceitável ou não, que é cedido pelo medo da exclusão.

O modelo pan-óptico, para Bauman (2013), é inadequado para compreender o problema atual no âmbito da sociedade contemporânea – permeada pelo uso de tecnologias da informação e comunicação, sendo apenas mais um modelo de vigilância, e, atualmente o modelo de controle instaura uma vigilância líquida que deve ser compreendida como pós-pan-óptico. A vigilância líquida é entendida sobre o viés de uma modernidade líquida em contraponto a uma duradoura e sólida. Sobre a ideia de liquidez, de flexibilidade, de fluidez da vigilância:

A vigilância é um aspecto cada vez mais presente nas notícias diárias, o que reflete sua crescente importância em muitas esferas da vida. Mas, na verdade, a vigilância tem se expandido silenciosamente por muitas décadas e é uma característica básica do mundo moderno. À medida que esse mundo vem se transformando ao longo de sucessivas gerações, a vigilância assume características sempre em mutação. Hoje, as sociedades modernas parecem tão fluidas que faz sentido imaginar que elas estejam numa fase “líquida”. Sempre em movimento, mas muitas vezes carecendo de certezas e de vínculos duráveis, os atuais cidadãos, trabalhadores, consumidores e viajantes

⁵⁸ O modelo pan-óptico (“o olho que tudo vê”) é uma referência ao projeto arquitetônico de uma prisão de Jeremy Bentham, na qual o controle social era exercido por meio de técnicas de vigilância onipresente atuando de forma efetiva e sem violência física sobre os indivíduos. (BENTHAM, 2008). Bauman (2013) concorda que o pan-óptico foi um modelo fundamental no que se refere à manutenção do controle social, imobilizando os prisioneiros e promovendo o movimento dos observadores, que as vezes tinham que estar presentes fisicamente, obrigando uma certa responsabilidade pela vida dos prisioneiros, entretanto, para ele, na atualidade não se verifica mais tal engajamento, atingindo domínios inalcançáveis.

também descobrem que seus movimentos são monitorados, acompanhados e observados. A vigilância se insinua em estado líquido. (BAUMAN, 2013, p. 7).

O fenômeno da vigilância atualmente se distingue das formas tradicionais de controle social, pois a tecnologia possibilita a coleta, armazenamento, processamento, classificação e transmissão de informações numa dimensão nunca sequer imaginada. Portanto, não se trata apenas de uma “versão eletrônica da vigilância”, mas de um fenômeno qualitativamente novo que transcende a distância, a escuridão, o tempo e as barreiras físicas. (BAUMAN, 2013)

Gostos, sentimentos, projetos, hábitos, posições políticas, posições religiosas etc., são as informações geradas pelo homem moderno, ainda na forma de dados em estado bruto. O uso da tecnologia refina e extrai dos dados para que eles se tornem predição de comportamentos, ou seja, para atuarem na previsibilidade dos passos do usuário. Com isso, as empresas vendem a possibilidade de influência sobre os usuários, porém, muitas vezes partem de informações que o usuário não permitiu a finalidade utilizada.

Nestes termos, a transformação irrefreável mostra-se como uma sociedade da vigilância:

Tudo isso é apresentado como um preço compulsório para fruir das crescentes oportunidades oferecidas pela sociedade da informação. [...] A pessoa é obrigada a expor seu próprio eu, sua *persona*, com consequências que vão além da simples operação econômica e criam uma espécie de posse permanente da pessoa por parte de quem detém as informações a seu respeito. [...] Na perspectiva que vai se delineando, ao contrário, a ideia de vigilância invade cada momento da vida e se apresenta como um traço próprio das relações de mercado, cuja fluidez diz respeito à possibilidade de dispor livremente de um conjunto crescente de informações. (RODOTÁ, 2008, p. 113)

Trata-se, pois, de uma lógica econômica parasita, na qual a produção de bens e serviços é subordinada à nova arquitetura global de modificação do comportamento para geração de lucros (ZUBOFF, 2015). Ocorre em decorrência da explosão de dados no ambiente digital pelo *Big Data*, associada ao uso de inteligência artificial com a técnica do *Deep Learning*, utilizando algoritmos capazes de criar perfis comportamentais dos usuários, e estes, passam a servir de matéria-prima para as empresas lucrarem muito mais através de direcionamentos categorizados.

Essa nova modalidade de capitalismo, também conhecida como capitalismo de dados ou capitalismo de informação (CASTELLS, 1999), monetiza os dados por vigilância, de maneira que as informações, fornecidas para o acesso a alguma plataforma digital – como

pagamentos camuflados – ou qualquer movimentação dentro dela, podem ser vendidas posteriormente e o preço é caro.

A privacidade é cara e um novo perfil que possa mostrar para empresas o que o usuário deseja, influenciando e modificando o comportamento é a melhor propaganda para que se atinja o lucro. O comportamento do ser humano demonstrado no ambiente digital será transformado em lucro para as empresas.

Nesse contexto, transforma-se a relação do usuário (voluntária ou não) com as empresas de tecnologia em dados preditivos, usados para sua própria manipulação e, por outro lado, oferecer benefícios como facilitar a comunicação e o acesso à informação. Isso faz com que as empresas ofereçam serviços por preços menores ou até de graça, como *Facebook* e *Google*, entretanto, os problemas éticos por trás ainda não conseguem ser notados, camuflados por serviços aparentemente bons para o consumidor.

Com isso, quando se fala em dados no ambiente digital, fala-se em um aglomerado de informações utilizadas para a criação de perfis, através do uso de inteligências artificiais, que conseguem categorizar as pessoas, para que depois essas informações sejam comercializadas.

Acerca da dinâmica de criação artificial de valor à capacidade produtiva da economia de bens e serviços, Castells explica que foi fruto da crise do capitalismo financeiro associada à utilização de tecnologias digitais:

Foi, na realidade, a crise de um modelo de capitalismo, o capitalismo financeiro global, baseado na interdependência dos mercados mundiais e na utilização de tecnologias digitais para o desenvolvimento de capital virtual especulativo que impôs sua dinâmica de criação artificial de valor à capacidade produtiva da economia de bens e serviços. De fato, a espiral especulativa fez colapsar uma parte substancial do sistema financeiro e esteve prestes a gerar uma catástrofe sem precedentes. À beira do precipício, os governos, com nosso dinheiro, salvaram o capitalismo. (CASTELLS, 2018, p. 16)

Ademais, um dos princípios básicos do capitalismo é separar a sociedade entre os que têm poder e os que não têm. O capitalismo de vigilância atua na separação entre os que têm conhecimento e os que não têm. Em consonância com o exposto, John Naughton, colunista de tecnologia do jornal inglês *The Guardian*, embasado no raciocínio de Zuboff (2019) colacionou que “*the combination of state surveillance and its capitalist counterpart means that digital technology is separating the citizens in all societies into two groups: the watchers (invisible,*

*unknown and unaccountable) and the watched*⁵⁹” (NAUGHTON, 2019, p. 1). Para ele, as assimetrias de conhecimento se traduzem em assimetrias de poder, trazendo consequências profundas para a democracia.

Fala-se, pois, em uma mudança de paradigma, com a passagem do capitalismo financeiro para um capitalismo de vigilância, de dados, de informação.

Alguns autores colocam o capitalismo informacional como uma fase posterior ao capitalismo financeiro. No entanto, Castells (1999) nunca considerou essa divisão e apenas classificou o capitalismo informacional como uma nova fase dos sistemas produtivos e não como uma nova configuração do sistema em oposição às demais.

Além disso, para ele, o capitalismo financeiro continua ativo e atuante, com o sistema financeiro e especulativo, pautado no mercado de ações, títulos, dívidas e juros, no centro da economia. No entanto, com os avanços produzidos pelas tecnologias, pode-se dizer que o capitalismo informacional e o financeiro andam juntos e são complementares. (CASTELLS, 1999)

A respeito da redistribuição assimétrica do poder/conhecimento no capitalismo financeiro/capitalismo de vigilância:

*Data capitalism is a system in which the commoditization of our data enables an asymmetric redistribution of power that is weighted toward the actors who have access and the capability to make sense of information. It is enacted through capitalism and justified by the association of networked technologies with the political and social benefits of online community, drawing upon narratives that foreground the social and political benefits of networked technologies. By leveraging user data for advertising purposes, they contributed to an information environment in which every action leaves behind traces collected by companies for commercial purposes.*⁶⁰(WEST, 2017, p. 1)

Este capitalismo vai impactar os negócios, a política, o Direito, e, consequentemente, a ordem mundial:

⁵⁹ Em tradução livre: “A combinação de vigilância do Estado e sua contrapartida capitalista significa que a tecnologia digital está separando os cidadãos em todas as sociedades em dois grupos: os observadores (invisíveis, desconhecidos e inexplicáveis) e os observados.”

⁶⁰ Em tradução livre: “O capitalismo de dados é um sistema no qual a mercantilização de nossos dados permite uma redistribuição assimétrica de poder que é ponderada para os atores que têm acesso e a capacidade de dar sentido à informação. É encenado através do capitalismo e justificado pela associação de tecnologias em rede com os benefícios políticos e sociais da comunidade online, baseando-se em narrativas que expõem os benefícios sociais e políticos das tecnologias em rede. Ao aproveitar os dados do usuário para fins de publicidade, eles contribuíram para um ambiente de informações no qual cada ação deixa rastros coletados por empresas para fins comerciais.”

Estamos diante de um laboratório-mundo intimamente conectado às engrenagens do capitalismo de dados pessoais, onde uma complexa e crescente economia psíquica e emocional nutre algoritmos que pretendem nos conhecer melhor do que nós mesmos, além de fazer previsões e intervenções sobre nossas emoções e condutas. A inquietação cresce quando nos damos conta de que os muros dos tradicionais laboratórios científicos e psicométricos dão lugar a uma caixa preta digital bastante opaca, pouco inteligível para aqueles que são seus “usuários” e suas fontes de conhecimento. (BRUNO, 2018, p. 1)

Neste sentido, Zubbof (2015) aduz que a equação para que se entenda o capitalismo de vigilância se inicia na pressão para que mais usuários estejam conectados gerando mais canais, serviços, dispositivos, lugares e espaços, em consonância com a Internet das Coisas, como anteriormente visto. Tal demanda é imperativa para o acesso a uma gama cada vez maior de excedente comportamental. Para ela, os usuários são os recursos que fornecem essa matéria-prima gratuita. Depois, se faz necessária a aplicação do *Machine Learning* na inteligência artificial e do *Deep Learning*, com o aprimoramento algorítmico contínuo na sociedade da informação. Posteriormente, ocorre a conversão do excedente comportamental em produtos projetados para prever o comportamento atual e do futuro. E, finalmente, esses produtos de previsão são vendidos em um novo tipo de mercado que negocia exclusivamente o comportamento futuro. Com isso, quanto maior a previsibilidade do produto, menores são os riscos para os compradores e maior o volume de vendas para as empresas, obtendo lucros gerados dos mercados de busca de comportamento futuro.

Ou seja, o capitalismo de vigilância se utiliza de toda a experiência humana como matéria-prima gratuita a ser traduzida em dados comportamentais. Apesar da autonomia individual ser a prejudicada, as invasões são alimentadas pela ausência de leis para conter o fenômeno, pela mutualidade de interesses entre os capitalistas e as agências de inteligência estatais e pela tenacidade com que as corporações defendem seus novos territórios (ZUBBOF, 2019), pois, ninguém quer ficar pra trás de algo que parece ser uma revolucionária transformação econômica.

Na mesma esteira, Frank Pasquale (2015) considera que os dados pessoais dos cidadãos têm sido utilizados tanto por governos como por grandes empresas para a criação do que chama de “espelho de sentido único”⁶¹, possibilitando que tais agentes saibam tudo dos cidadãos, enquanto a recíproca não é verdadeira. Tudo acontece através da vigilância e

⁶¹ O autor utiliza a expressão “one way mirror”.

monitoramento constantes sobre a vida dos indivíduos, levando ao capitalismo de vigilância, cuja principal consequência é a consolidação de uma sociedade também de vigilância.

Já imaginava Bauman (2013) a relação do consumismo com as novas mídias e a classificação social. Para ele o consumismo se tornou fundamental na produção de identidades e divisões sociais. Enquanto certamente exige a sedução dos consumidores, também é resultado de uma vigilância sistemática em grande escala, que se mostrou mais clara com o advento das grandes empresas digitais como *Google*, *Facebook* e *Amazon*.

Nestes contextos, encontra-se uma operação gerencial baseada na coleta de dados em grande escala, com o objetivo de classificar consumidores a partir de seu perfil. Na *Amazon*, por exemplo há a “filtragem colaborativa”, que mostram quais livros as pessoas com perfil semelhante ao nosso estão comprando. Isso é feito de forma consciente (não oculta), através da chamada “lista de desejos”. No fim das contas, portanto, os dados de perfil são adquiridos sem esforço, facilitando a chamada “bolha de filtro”, que é uma espécie de personalização de acordo com suas preferências de compra (na *Amazon*), de Interação (no *Facebook*) ou de pesquisa (no *Google*). (BAUMAN, 2013)

É notória a relevância da utilização de dados para a movimentação da economia, potencializando mercados existentes e possibilitando o surgimento de negócios inovadores. Ao mesmo tempo é igualmente relevante a crescente preocupação de autoridades de diversos países para averiguar a coleta e o tratamento dos dados pessoais de usuários de internet.

A proteção de dados pessoais é um direito fundamental voltado à regulação social dos mercados, à imposição de limites ao modo como informações são processadas e negociadas, ao esforço por dar mais poder às pessoas no controle do fluxo de informações gerado por elas próprias, mas manejados por grandes corporações. É uma questão de democracia e de equilíbrio de poder. (RODOTÁ, 2008)

A tendência mundial é cada vez mais usuários conectados em face do contexto contemporâneo. Não obstante à utilização econômica desses dados, os quais eram revertidos em valores sem o conhecimento dos usuários, também não se regulamentava o dever de proteção e a responsabilização por esses dados. Por isso a necessidade de regulação foi suscitada, e, apesar do surgimento de regulamentos específicos, muitas vezes o passo que uma legislação almeja não acompanha o avanço tecnológico associado ao viés econômico, deixando de lado a tutela da privacidade e dos dados pessoais na sociedade da informação.

Nessa toada, o binômio tecnologia e direito aparece como um desafio do legislador

nos dias atuais:

A construção de garantias relacionadas a temas que envolvam tecnologias e suas inovações em ambientes informacionais e reticulares (como é o caso da Internet e plataformas digitais) tem sido um desafio para os legisladores nos dias atuais. Em tão sensíveis como os que definem o espectro da proteção jurídica de dados pessoais, essas questões se tornam ainda mais latentes, visto que os modelos de negócios envolvendo dados pessoais são rapidamente alterados pelo ritmo das inovações e o crescimento das empresas. Desse modo, cria-se o risco de uma lei se tornar obsoleta poucos anos após sua publicação. (POLIDO et al., 2018, p. 7)

A monetização dos dados, trava uma batalha pela dignidade humana em uma economia constantemente digitalizada e baseada na extração de “inteligência” e “valor” das relações sociais. A extração de valores das informações pessoais, gera uma transformação econômica, e eleva a importância do papel da privacidade e da proteção dos dados pessoais nessa conjuntura.

Isto posto, ordenamentos jurídicos ao redor do mundo, adaptados e inseridos à sociedade da informação, formataram legislações a fim de tutelar e assegurar os dados pessoais dos indivíduos. A análise de tais mecanismos de proteção, técnicos na forma, mostrará se a tutela da privacidade, que abarca a proteção de dados pessoais e está contida no fundamento da dignidade da pessoa humana, no panorama do capitalismo de vigilância, está efetivamente protegida.

3 DOS MECANISMOS DE PROTEÇÃO DE DADOS: A EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Para a construção da grande temática da proteção de dados pessoais, dimensão do direito à privacidade, no contexto do ordenamento brasileiro, faz-se necessário analisar três mecanismos de proteção de dados, quais sejam: o Marco Civil da Internet, a primeira legislação brasileira associada à proteção de dados; o Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia – *GDPR*, atual mecanismo de proteção de dados europeu e fonte de inspiração para o novo regulamento de proteção de dados do Brasil; e, finalmente, a Lei nº 13.709/2018 – a nova Lei Geral de Proteção de Dados brasileira.

3.1 O MARCO CIVIL DA INTERNET E O DECRETO Nº 8771/2016

A Lei nº 12.965/2014, conhecida como Marco Civil da Internet, que regula e estabelece ditames para o uso da internet no Brasil, foi, até a promulgação da nova lei geral de proteção de dados, a principal legislação associada com a proteção de dados no ordenamento brasileiro. A proteção à privacidade e aos dados pessoais está expressamente elencada, assim como a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sob pena de indenização caso ocorra violação⁶².

Para Paesani (2014), o Marco Civil da Internet foi uma conquista para a inclusão digital do país, que contou com a participação social, instituindo regras que contribuíssem para a proteção da privacidade na rede mundial de computadores, porém, não a tratou com o merecido cuidado. Com isso, foi criado o Decreto nº 8771/2016 para regulamentar o Marco Civil da Internet. Entretanto, tais legislações não trataram de forma efetiva a questão da proteção de dados pessoais e muito menos tutelaram seu tratamento, fazendo com que o ordenamento jurídico brasileiro necessitasse de uma nova legislação que disciplinasse de maneira mais abrangente a proteção e o tratamento de dados.

⁶² Lei 12.965/2014: Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios: II - proteção da privacidade; III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei; Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. (BRASIL, 2014)

O Marco Civil da Internet trouxe um efeito balizador a respeito aos direitos fundamentais na Internet no Brasil e serviu como um guia para a nova Regulação. Durante o projeto de lei para sua propositura, no meio aos escândalos de espionagem após revelações feitas por Edward Snowden⁶³, vários dispositivos sobre a tutela da privacidade foram incluídos (SOUZA; LEMOS; BOTINO, 2017).

Em seu art. 2º⁶⁴, a legislação trata dos fundamentos do uso da internet no Brasil, incluindo os direitos humanos e desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais.

O acesso à internet, dita a legislação, é essencial ao exercício da cidadania, e, a importância da tutela da privacidade, guiada pela art. 8º⁶⁵, serve de norte para tal exercício e sua fruição na comunicação em rede.

Não se trata de uma lei geral de proteção de dados pessoais, pois não engloba o conjunto de temas inerentes a uma completa regulação, entretanto possui alguns focos importantes para a proteção de dados, quais sejam: os princípios e direitos dos usuários, a guarda de registros e o acesso e tratamento de dados pessoais.

O art. 7º é o mais importante artigo para a tutela à proteção de dados do Marco Civil da Internet, pois introduz princípios e obrigações relacionados ao tratamento de dados pessoais na internet, incluindo o consentimento expresso do usuário para o uso dos seus dados, possibilidade de exclusão dos mesmos, clareza nas publicidades e políticas de uso, dentre outros, além de afirmar que o acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania.

Quanto à proteção aos dados pessoais, o art. 10º⁶⁶ denota que os registros de conexão e de acesso a aplicações devem resguardar a privacidade em todas as suas dimensões, incluindo a proteção de dados pessoais, imputando ao provedor de internet a responsabilidade. Resta evidenciado que o provedor de internet deve coibir qualquer acesso indevido aos dados pessoais. (MIRANDA, 2018)

⁶³ Em 2013, Edward Snowden tornou público detalhes sobre a vigilância global e a espionagem dos Estados Unidos, vazando detalhes dos programas do país utilizados para captar informações, desmascarando os poderes de vigilância acumulados pelo governo.

⁶⁴ Lei 12.965/2014: Art. 2º A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como: II - os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais. (BRASIL, 2014)

⁶⁵ Lei 12.965/2014: Art. 8º A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet. (BRASIL, 2014)

⁶⁶ Lei 12.965/2014: Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas.

Pode-se extrair do Marco Civil da Internet, que os usuários possuem o direito de navegar na rede mundial de computadores sem que seus dados e informações sejam coletados para categorização de perfis, ao angariar conhecimentos acerca de preferências e hábitos dos usuários. Tal prática seria uma afronta ao direito à privacidade, viés já facilmente observado no momento de criação de tal legislação e que é visualizado cada vez mais na sociedade da informação ao longo dos anos.

A respeito da competência para aplicação do Marco Civil, o art. 11⁶⁷ delimita que a coleta, o armazenamento, a guarda e o tratamento de dados pessoais que efetuem qualquer desses atos em território brasileiro, deverão ser respeitados os direitos à privacidade e à proteção dos dados pessoais.

Posteriormente a legislação aduz que é vedada a guarda de dados pessoais excessivos em relação à finalidade em que o usuário consentiu⁶⁸.

Ademais, o Decreto nº 8771/2016 foi responsável por regulamentar o Marco Civil da Internet e veio completar a proteção de dados trazendo definições importantes, como a de dado pessoal⁶⁹, tratamento de dados pessoais e dados cadastrais.

Dado pessoal, disposto no decreto, é o “dado relacionado à pessoa natural identificada ou identificável, inclusive números identificativos, dados locais ou identificadores eletrônicos, quando estes estiverem relacionados a uma pessoa” (BRASIL, 2016), e tratamento de dados pessoais seria “toda operação realizada com dados pessoais” (BRASIL, 2016), elencando no bojo do art. 14 as possibilidades de operações.

Entretanto como se trata de uma definição ainda bastante genérica de dado pessoal, a efetiva proteção vai depender de interpretações que podem colocar em risco a privacidade do usuário da internet.

Já os dados cadastrais seriam uma espécie de dado pessoal que teriam tratamentos diferenciados. Seriam os dados que qualificariam o indivíduo – nome, prenome, estado civil,

⁶⁷ Lei 12.965/2014: Art. 11. Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros. (BRASIL, 2014)

⁶⁸ Lei 12.965/2014: Art. 16. Na provisão de aplicações de internet, onerosa ou gratuita, é vedada a guarda: II - de dados pessoais que sejam excessivos em relação à finalidade para a qual foi dado consentimento pelo seu titular. (BRASIL, 2014)

⁶⁹ Tal definição já era observada na Lei de Acesso à Informação (art. 4º, IV).

profissão, filiação e endereço⁷⁰, e, em razão da sua natureza seriam menos sigilosos e se encontrariam numa esfera mais pública.

Outrossim, o decreto efetiva diretrizes de segurança, indicando procedimentos para guarda e proteção de dados por provedores de conexão e de aplicações, apontando medidas de transparência na requisição de dados cadastrais pela administração pública e estabelecendo parâmetros para fiscalização e apuração de infrações (BRASIL, 2016).

Conclui-se que o Marco Civil da Internet e seu decreto contribuíram para a proteção de dados na internet, contudo, não suprimiu a necessidade de uma lei geral que efetivasse, em regra, uma verdadeira proteção aos dados pessoais.

O advento da Lei nº 13.709/2018, a Nova Lei Geral de Proteção de Dados brasileira, trouxe também mudanças⁷¹ no Marco Civil da Internet, em seu art. 7º, inciso X e art. 16, inciso II. Porém, tal legislação, como se verá a seguir, só entrará em vigor, no que se refere às mudanças no Marco Civil da Internet, vinte e quatro meses após a data de sua publicação.

3.2 O REGULAMENTO GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS DA UNIÃO EUROPEIA – *GDPR*: FONTE DE INSPIRAÇÃO BRASILEIRA

O Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia – RGPD⁷², mais conhecido pela abreviatura em inglês *GDPR* (*General Data Protection Regulation*), é uma nova lei europeia que entrou em vigor no dia 25 de maio de 2018, dois anos depois de ter sido criada. Tal lei substitui a antiga Diretiva de Proteção de Dados de 1995⁷³ – *Data Protection Directive* – e serve para dar aos usuários maior controle sobre os seus dados, reforçando a proteção e reorganizando a maneira com que as empresas lidam com eles, além de harmonizar todas as

⁷⁰ Art. 10, § 3º, da Lei 12.965/2014 e Art. 11, § 2º, III, do Decreto 8771/20116.

⁷¹ Lei 13.709/2018: Art. 60. A Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet), passa a vigorar com as seguintes alterações: “Art. 7º, X - exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei e na que dispõe sobre a proteção de dados pessoais; Art. 16, II - de dados pessoais que sejam excessivos em relação à finalidade para a qual foi dado consentimento pelo seu titular, exceto nas hipóteses previstas na Lei que dispõe sobre a proteção de dados pessoais.” (BRASIL, 2018)

⁷² Regulamento 2016/679.

⁷³ Diretiva 95/46/CE. Foi elaborada a Diretiva 97/66/CE que complementou a Diretiva 95/46/CE, abordando a temática de tratamento de dados pessoais, bem como a proteção da vida privada no setor das telecomunicações. Posteriormente, foi elaborada a Diretiva 2002/58/CE, que abordou de maneira detalhada a questão da privacidade no setor das comunicações telefônicas, mantendo a Diretiva 95/46/CE e revogando a Diretiva 97/66/CE.

leis nacionais de dados privados da Europa. Outrossim, como se trata de um regulamento e não mais uma diretiva, aplica-se diretamente aos 28 membros da União Europeia.

Decorrente do avanço tecnológico e do rápido desenvolvimento do ciberespaço novos desafios surgiram, e, como visto, entre eles a questão que envolve os dados pessoais. Informações são repassadas mundialmente numa escala sem precedentes, e empresas e autoridades públicas as usam com o intuito de atingir seus objetivos. Ou seja, os dados pessoais estão, pois, transitando de maneira indiscriminada no mundo, fazendo com que a privacidade dos indivíduos fosse questionada.

De 1995 para os dias atuais ocorreu uma enorme evolução nos meios de comunicação, principalmente no mundo digital. Necessário se fez, na Europa, apesar das diretivas posteriores, uma lei que protegesse os dados de uma ampla maneira, passando por alguns pilares, de modo que a privacidade dos cidadãos fosse preservada.

Trata-se de um regulamento amplo e maduro, motivos os quais influenciaram ordenamentos na corrida por uma regulação de proteção de dados, como foi o exemplo do Brasil. Neste sentido, o *GDPR* causou impacto mundialmente:

Sua abrangência, ambição legislativa e maturidade conceitual corroboram a ideia de que esse é um autêntico regulamento-modelo, no qual diversas outras iniciativas nacionais, regionais e intracomunitárias também serão espelhadas em busca de padrões normativos uniformes na proteção de dados pessoais. Não seria exagero afirmar que o *GDPR* nasce como ‘monstro normativo’, um Leviatã a induzir condutas de conformidade (‘compliance’) por parte de agentes nas esferas pública e privada no campo da proteção de dados pessoais e especialmente identificáveis nos ambientes informacional e digital. (POLIDO et al., 2018, p. 4)

A nova regulação traz inicialmente dispositivos que compreendem garantias fundamentais amplas e definições importantes que serão utilizadas durante todo o seu texto.

Para o regulamento, a definição de dados pessoais⁷⁴ é uma informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável (titular dos dados). Diferentemente do Marco Civil da Internet e do seu decreto regulamentador, o *GDPR* explica o que seria considerada uma

⁷⁴ REGULAMENTO GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS DA UNIÃO EUROPEIA: Artigo 4º Definições Para efeitos do presente regulamento, entende-se por: 1) «Dados pessoais», informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável (titular dos dados); é considerada identificável uma pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador, como por exemplo um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrônica ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, econômica, cultural ou social dessa pessoa singular. (PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, 2016)

pessoa identificável, exemplificando, de maneira que tal conceito não seja objeto de interpretações que possam prejudicar a tutela da privacidade e dos dados pessoais.

Trata-se, pois, de um conceito expansionista, referindo-se a qualquer informação que identifique a pessoa, ainda que o vínculo não seja observado de maneira imediata, diferindo da revogada diretiva que tratava os dados pessoais apenas como o nome, imagem, endereço, e-mail, telefone e identificação pessoal (POLIDO et al., 2018). Dessa forma, incluem-se informações afetas às novas tecnologias, como localização dos usuários, endereço IP⁷⁵, dentre outras.

Aborda a questão dos dados sensíveis como uma categoria especial de dados pessoais, e expressa a proibição de sua coleta, nos termos do artigo 9º⁷⁶. Dados sensíveis para o regulamento seriam os dados que revelam a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, ou a filiação sindical, dados genéticos, dados biométricos, dados relativos à saúde ou dados relativos à vida sexual ou orientação sexual de uma pessoa. Percebe-se que o *GDPR* entende que o tratamento de tais dados sensíveis pode implicar em riscos significativos ao indivíduo por isso a categorização como uma natureza especial.

São mais de 20 conceitos-chave, entre eles a definição de consentimento, que, juntamente com a definição de dados pessoais, definem o escopo e aplicação de uma lei de proteção aos dados pessoais, como se verá a seguir.

Ademais, no *GDPR* foram consideradas diversas mudanças. Em suma, o regulamento trouxe aplicabilidade extraterritorial, aplicação de penalidades, necessidade de consentimento, notificação sobre vazamentos, direito de acesso, direito ao esquecimento, portabilidade de dados, privacidade pelo *design*, administrador de proteção de dados, etc. (CRESPO; SANTOS, 2018). Tal regulamentação, trata-se, pois, da mais importante relacionada à privacidade de dados dos últimos 20 anos.

Cabe frisar que as empresas – e não somente as europeias – precisaram se adequar às mudanças trazidas, pois a abrangência de aplicação atinge as empresas não europeias que atuam

⁷⁵ É o endereço de protocolo de Internet que cada dispositivo que está conectado a uma rede (como a Internet) possui.

⁷⁶ REGULAMENTO GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS DA UNIÃO EUROPEIA: Artigo 9º Tratamento de categorias especiais de dados pessoais 1. É proibido o tratamento de dados pessoais que revelem a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, ou a filiação sindical, bem como o tratamento de dados genéticos, dados biométricos para identificar uma pessoa de forma inequívoca, dados relativos à saúde ou dados relativos à vida sexual ou orientação sexual de uma pessoa. (PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, 2016)

na Europa, fazendo com que a mudança seja global. Não é de se estranhar a alteração nas políticas de privacidade de diversos aplicativos e sites, um dia após a vigência dessa nova lei.

Apesar da amplitude que a lei traz, pode-se extrair alguns pilares que o *GDPR* fez questão de enfatizar: governança, gestão e transparência de dados.

A governança engloba a notificação de falhas, a privacidade no escopo do projeto e gerenciamento de fornecedores. Já a gestão de dados, que diz respeito à forma como tratar das atividades de processamento, como a exclusão⁷⁷, o processamento e a transferência de dados, além do administrador de proteção de dados, que seria o responsável pela gestão de dados para qualquer empresa que processa mais de 5 mil registros em um período de 12 meses.

O terceiro pilar e o mais importante para a presente dissertação é a transparência de dados, que traz em seu bojo o consentimento, a portabilidade e as políticas de privacidade. Ou seja, é necessário que se tenha o consentimento⁷⁸ dos usuários dos dados, então, as empresas ou instituições que processam dados pessoais devem comprovar que possuem autorização para utilizá-los. Importante salientar que tal consentimento pode ser excluído a qualquer momento

⁷⁷ REGULAMENTO GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS DA UNIÃO EUROPEIA: Artigo 17 Direito ao apagamento dos dados (direito a ser esquecido) 1. O titular tem o direito de obter do responsável pelo tratamento o apagamento dos seus dados pessoais, sem demora injustificada, e este tem a obrigação de apagar os dados pessoais, sem demora injustificada, quando se aplique um dos seguintes motivos[...]. (PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, 2016)

⁷⁸ REGULAMENTO GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS DA UNIÃO EUROPEIA: Considerando (32): O consentimento do titular dos dados deverá ser dado mediante um ato positivo claro que indique uma manifestação de vontade livre, específica, informada e inequívoca de que o titular de dados consente no tratamento dos dados que lhe digam respeito, como por exemplo mediante uma declaração escrita, inclusive em formato eletrônico, ou uma declaração oral. O consentimento pode ser dado validando uma opção ao visitar um sítio web na Internet, selecionando os parâmetros técnicos para os serviços da sociedade da informação ou mediante outra declaração ou conduta que indique claramente nesse contexto que aceita o tratamento proposto dos seus dados pessoais. O silêncio, as opções pré-validadas ou a omissão não deverão, por conseguinte, constituir um consentimento. O consentimento deverá abranger todas as atividades de tratamento realizadas com a mesma finalidade. Nos casos em que o tratamento sirva fins múltiplos, deverá ser dado um consentimento para todos esses fins. Se o consentimento tiver de ser dado no seguimento de um pedido apresentado por via eletrônica, esse pedido tem de ser claro e conciso e não pode perturbar desnecessariamente a utilização do serviço para o qual é fornecido. Artigo 7º Condições aplicáveis ao consentimento 1. Quando o tratamento for realizado com base no consentimento, o responsável pelo tratamento deve poder demonstrar que o titular dos dados deu o seu consentimento para o tratamento dos seus dados pessoais. 2. Se o consentimento do titular dos dados for dado no contexto de uma declaração escrita que diga também respeito a outros assuntos, o pedido de consentimento deve ser apresentado de uma forma que o distinga claramente desses outros assuntos de modo inteligível e de fácil acesso e numa linguagem clara e simples. Não é vinculativa qualquer parte dessa declaração que constitua violação do presente regulamento. 3. O titular dos dados tem o direito de retirar o seu consentimento a qualquer momento. A retirada do consentimento não compromete a licitude do tratamento efetuado com base no consentimento previamente dado. Antes de dar o seu consentimento, o titular dos dados é informado desse facto. O consentimento deve ser tão fácil de retirar quanto de dar. 4. Ao avaliar se o consentimento é dado livremente, há que verificar com a máxima atenção se, designadamente, a execução de um contrato, inclusive a prestação de um serviço, está subordinada ao consentimento para o tratamento de dados pessoais que não é necessário para a execução desse contrato. (PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, 2016)

pelo usuário. No tocante à portabilidade de dados⁷⁹, o usuário pode solicitar cópia de seus dados registrados em um certo provedor para movê-los, copiá-los ou transferi-los para um novo prestador. E por fim, em relação às políticas de privacidade⁸⁰, as empresas devem divulgar as informações ao usuário de maneira acessível e de fácil interpretação, para que se possa processar os dados.

Entre os ditames estabelecidos pelo Regulamento, encontra-se o princípio de responsabilidade, segundo o qual todas as empresas passam a ser civilmente responsáveis pelo armazenamento e pela proteção de todos os dados pessoais que coletam e armazenam.

Com isso, tal regulamento trouxe significativas mudanças para as empresas, que tiveram que se adequar. O que se propõe é a efetivação da proteção de dados pessoais, com o necessário consentimento para a utilização, a possibilidade de exclusão, a transparência nas políticas de privacidade, dentre outras inovações, ou seja, o controle do usuário sobre seus dados pessoais.

Impende ressaltar o direito à explicação e à oposição contra tomada de decisão automatizada. As decisões individuais automatizadas, dispostas no art. 22⁸¹, inclui a definição de perfis, ou seja, a categorização de pessoas. Tratam-se de regras que restringem as decisões automatizadas e exigem explicações⁸² sobre o funcionamento dos algoritmos através de decisões tomadas pelo aprendizado de máquina ou uso de inteligências artificiais. O regulamento proíbe avaliações de perfis exclusivamente automatizados pois vão de encontro com a noção de autonomia e personalidade (POLIDO et al., 2018).

⁷⁹ REGULAMENTO GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS DA UNIÃO EUROPEIA: Artigo 20 Direito de portabilidade dos dados 1. O titular dos dados tem o direito de receber os dados pessoais que lhe digam respeito e que tenha fornecido a um responsável pelo tratamento, num formato estruturado, de uso corrente e de leitura automática, e o direito de transmitir esses dados a outro responsável pelo tratamento sem que o responsável a quem os dados pessoais foram fornecidos o possa impedir, se[...]. (PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, 2016)

⁸⁰ REGULAMENTO GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS DA UNIÃO EUROPEIA: Artigo 19 Obrigação de notificação da retificação ou apagamento dos dados pessoais ou limitação do tratamento O responsável pelo tratamento comunica a cada destinatário a quem os dados pessoais tenham sido transmitidos qualquer retificação ou apagamento dos dados pessoais ou limitação do tratamento a que se tenha procedido em conformidade com o artigo 16, o artigo 17, nº 1, e o artigo 18, salvo se tal comunicação se revelar impossível ou implicar um esforço desproporcionado. Se o titular dos dados o solicitar, o responsável pelo tratamento fornece-lhe informações sobre os referidos destinatários. (PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, 2016)

⁸¹ REGULAMENTO GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS DA UNIÃO EUROPEIA: Artigo 22. Decisões individuais automatizadas, incluindo definição de perfis 1. O titular dos dados tem o direito de não ficar sujeito a nenhuma decisão tomada exclusivamente com base no tratamento automatizado, incluindo a definição de perfis, que produza efeitos na sua esfera jurídica ou que o afete significativamente de forma similar. (PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, 2016)

⁸² Artigos 13 a 15 do Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia.

Ademais, observa-se que o *GDPR* não abrange pessoa jurídica ou coletiva⁸³, exclui de sua regulação os dados anônimos⁸⁴ e os dados pseudoanonimizados⁸⁵, assim como não incide sobre dados de pessoas falecidas⁸⁶. Importante salientar quanto à pseudoanonimização é que sempre que houver possibilidade de reversão do dado anônimo este será tratado como dado pessoal, ou seja, será regulado pelo *GDPR*.

Outra inovação trazida pelo *GDPR* foi a possibilidade de associar pessoas singulares a identificadores eletrônicos⁸⁷ como endereços IPs, registros de conexões (cookie), GPS, etc., pois os vestígios deixados por esses identificadores ao serem combinados servem para criação de perfis de pessoas identificando indivíduos.

Além das pontuações anteriores, o *GDPR* reforçou o papel das Autoridades de Proteção de Dados Pessoais (*Data Protection Authorities*) e todos os países-membros deverão apontar sua autoridade supervisora competente.

Buscou-se, pois, assegurar a privacidade em sua dimensão de controle que cada indivíduo tem ou pode ter sobre os seus dados pessoais (RODOTÁ, 2008), e pode-se dizer, de uma maneira geral, que, seguindo os passos da evolução da sociedade da informação, foi uma necessária ferramenta para a tutela de tal direito na era digital.

⁸³ REGULAMENTO GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS DA UNIÃO EUROPEIA: Considerando (14) A proteção conferida pelo presente regulamento deverá aplicar-se às pessoas singulares, independentemente da sua nacionalidade ou do seu local de residência, relativamente ao tratamento dos seus dados pessoais. O presente regulamento não abrange o tratamento de dados pessoais relativos a pessoas coletivas, em especial a empresas estabelecidas enquanto pessoas coletivas, incluindo a denominação, a forma jurídica e os contactos da pessoa coletiva. (PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, 2016)

⁸⁴ “Informações que não diga respeito a uma pessoa singular identificada ou identificável nem a dados pessoais tornados de tal modo anônimos que seu titular não seja ou já não possa ser identificado”. (MIRANDA, 2018, p. 131)

⁸⁵ “Dados que não podem diretamente identificar um indivíduo, porém podem ser atribuídos a uma pessoa singular mediante a utilização de informações suplementares ou tecnologia reversa, passando a, após esse processo de tratamento, ser um dado identificável.” (MIRANDA, 2018, p. 132)

⁸⁶ REGULAMENTO GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS DA UNIÃO EUROPEIA: Considerando (27) O presente regulamento não se aplica aos dados pessoais de pessoas falecidas. Os Estados-Membros poderão estabelecer regras para o tratamento dos dados pessoais de pessoas falecidas. (PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, 2016)

⁸⁷ REGULAMENTO GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS DA UNIÃO EUROPEIA: Considerando (30) As pessoas singulares podem ser associadas a identificadores por via eletrônica, fornecidos pelos respetivos aparelhos, aplicações, ferramentas e protocolos, tais como endereços IP (protocolo internet) ou testemunhos de conexão (cookie) ou outros identificadores, como as etiquetas de identificação por radiofrequência. Estes identificadores podem deixar vestígios que, em especial quando combinados com identificadores únicos e outras informações recebidas pelos servidores, podem ser utilizados para a definição de perfis e a identificação das pessoas singulares. (PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, 2016)

Com isso, os ditames expressos no *GDPR* inspiraram fortemente projetos de lei em âmbito nacional para a proteção de dados pessoais, como o Projeto de Lei nº 53/2018 que culminou na Lei nº 13.709/2018 – Nova Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais brasileira.

3.3 A LEI Nº 13.709/2018 – A NOVA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS BRASILEIRA

No dia 10 de julho de 2018, o Senado Federal aprovou o Projeto de Lei nº 53/2018, de iniciativa da Câmara dos Deputados, que regulamentaria a proteção de dados pessoais no ordenamento jurídico brasileiro. O então presidente do Brasil à época, Michael Temer, no dia 14 de agosto de 2018 sancionou a nova lei com alguns vetos. O Brasil, então, passou a fazer parte dos países que contam com uma legislação específica para proteção de dados dos seus cidadãos, a Lei nº 13.709/2019 – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD.

A proposta foi fortemente inspirada pelo *GDPR*, porém já vem sendo discutida há muito tempo. O referido projeto aprovado que desencadeou na nova lei geral de proteção de dados pessoais tem como base ao menos outras duas propostas que tramitavam na Câmara dos Deputados⁸⁸ e mais uma no Senado⁸⁹. O projeto final passou por revisões a partir da junção dos projetos que estavam em trâmite. Tratam-se de 65 artigos que determinam como serão tratados e coletados os dados no Brasil, especialmente no meio digital.

A legislação, nesse primeiro momento em que foi sancionada, dispôs de um prazo para entrada em vigor de 18 meses, entretanto, como será visto adiante, a Medida Provisória nº 869 de 27 de dezembro de 2018, a alterou e acrescentou dispositivos e, dentre as mudanças, o prazo para entrada em vigência passou a ser de 24 meses após a data da sua publicação. Com isso, as empresas e outras organizações atuantes no Brasil terão que se adequar às novas regras instaladas para permitir que o cidadão tenha mais controle sobre o tratamento que é dado às suas informações pessoais.

A nova lei geral de proteção de dados pessoais foi um grande passo para a tutela da privacidade na circunstância do atual cenário tecnológico. O ordenamento brasileiro carecia de regulamentação geral acerca da temática de proteção de dados. As legislações anteriores sobre o assunto eram muito vagas, e, como consequência, muitas empresas e organizações

⁸⁸ PL 4060/2012 e PL 5276/2016.

⁸⁹ PLS 330/2013.

governamentais acabavam não dando a devida importância à questão.

Isto posto, trata-se do primeiro instrumento brasileiro criado com o fim exclusivo do tratamento de dados pessoais. Deixa-se, então, o antigo cenário de regulação através de diplomas legais esparsos para um patamar atual e seguindo a corrente mundial do regramento geral próprio sobre proteção de dados e privacidade.

Trata-se, pois, de uma lei que dispõe sobre dados pessoais e altera o Marco Civil da Internet, como já citado. Tem como objetivo⁹⁰ a proteção dos direitos fundamentais de liberdade e de privacidade, assim como o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Traz dentre os fundamentos⁹¹ o respeito à privacidade, a autodeterminação informativa a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem, os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

Aplica-se⁹² a qualquer operação de tratamento de dados desde que seja realizada no território brasileiro, tenha objetivo a oferta ou fornecimento de bens, serviços ou tratamentos de dados de indivíduos localizados no território brasileiro, ou se os dados tenham sido coletados no Brasil. E por outro lado, expõe as excepcionalidades⁹³, situações em que a lei não se aplica, abrangendo o tratamento de dados pessoais para fins jornalísticos, artísticos, acadêmicos e de segurança nacional, dentre outras.

⁹⁰ LEI Nº 13.709/2018: Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. (BRASIL, 2018)

⁹¹ LEI Nº 13.709/2018: Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos: I - o respeito à privacidade; II - a autodeterminação informativa; III - a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; V - o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; VI - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais. (BRASIL, 2018)

⁹² LEI Nº 13.709/2018: Art. 3º Esta Lei aplica-se a qualquer operação de tratamento realizada por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, independentemente do meio, do país de sua sede ou do país onde estejam localizados os dados, desde que: I - a operação de tratamento seja realizada no território nacional; II - a atividade de tratamento tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional; ou III - os dados pessoais objeto do tratamento tenham sido coletados no território nacional. (BRASIL, 2018)

⁹³ LEI Nº 13.709/2018: Art. 4º Esta Lei não se aplica ao tratamento de dados pessoais: I - realizado por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos; II - realizado para fins exclusivamente: a) jornalístico e artísticos; ou b) acadêmicos; III - realizado para fins exclusivos de: a) segurança pública; b) defesa nacional; c) segurança do Estado; ou d) atividades de investigação e repressão de infrações penais; ou IV - provenientes de fora do território nacional e que não sejam objeto de comunicação, uso compartilhado de dados com agentes de tratamento brasileiros ou objeto de transferência internacional de dados com outro país que não o de proveniência, desde que o país de proveniência proporcione grau de proteção de dados pessoais adequado ao previsto nesta Lei. (BRASIL, 2018)

Assim como o *GDPR*, também traz definições importantes, salutar para a compreensão dos limites e significados dos termos utilizados, como a dos tipos de dados, quanto aos sujeitos e órgãos, assim como das ações e de seus instrumentos.

Com isso, a LGPD define dado pessoal⁹⁴ como qualquer informação relacionada a uma pessoa que, isoladamente ou em conjunto com outros detalhes, permita identificá-la, e, traz a definição do que seriam os dados sensíveis⁹⁵ – espécie de dado pessoal que terá um tratamento mais restrito – como informações sobre crenças religiosas, posicionamentos políticos, características físicas, condições de saúde, vida sexual, etc. Pode-se também ser observada a definição de dado anonimizado que “é relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento” (BRASIL, 2018).

Com efeito, dita os princípios⁹⁶ que deverão ser observados quando do tratamento dos dados pessoais, quais sejam: boa-fé, finalidade, adequação, necessidade, livre acesso, qualidade dos dados, transparência, segurança, prevenção, não discriminação, responsabilização e prestação de contas.

No mesmo sentido do *GDPR*, dentre os requisitos para o tratamento de dados pessoais, trouxe a necessidade do consentimento⁹⁷ do titular para a coleta e tratamento de seus dados, que entende-se, no teor do art. 5º, XII, como “a manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada” (BRASIL, 2018). Aborda os dados cujo acesso é público⁹⁸, com a exigência da conformidade com a finalidade, a boa-fé e o interesse público para a disponibilização e informa que é dispensada a exigência do consentimento para os dados tornados manifestamente públicos pelo titular⁹⁹.

⁹⁴ LEI Nº 13.709/2018: Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: I – dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável. (BRASIL, 2018)

⁹⁵ LEI Nº 13.709/2018: Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: II – dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a pessoa natural. (BRASIL, 2018)

⁹⁶ LEI Nº 13.709/2018: Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:[...] (BRASIL, 2018)

⁹⁷ LEI Nº 13.709/2018: Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses: I – mediante o fornecimento de consentimento pelo titular. (BRASIL, 2018)

⁹⁸ LEI Nº 13.709/2018: Art. 7º § 3º O tratamento de dados pessoais cujo acesso é público deve considerar a finalidade, a boa-fé e o interesse público que justificaram sua disponibilização. (BRASIL, 2018)

⁹⁹ LEI Nº 13.709/2018: Art. 7º § 4º É dispensada a exigência do consentimento previsto no caput deste artigo para os dados tornados manifestamente públicos pelo titular, resguardados os direitos do titular e os princípios previstos nesta Lei. (BRASIL, 2018)

Importante frisar que qualquer mudança posterior deverá ter o consentimento do titular novamente e elenca a possibilidade de revogação¹⁰⁰ do consentimento a qualquer momento, além da possibilidade de nulidade¹⁰¹ do consentimento em situações de abuso ou falta de transparência.

Ademais, elenca hipóteses outras em que o tratamento de dados pessoais pode ser realizado. Ou seja, mesmo sem o consentimento do titular em algumas situações é possível o tratamento de dados pessoais, conforme art. 7º da Lei: para o regular em cumprimento de obrigação legal ou regulatória; para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas; para a realização de estudos por órgão de pesquisa; quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular; para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral; para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro; para a tutela da saúde, em procedimento realizado por profissionais da área da saúde ou por entidades sanitárias; quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais; para a proteção do crédito.

Observam-se ainda o acesso facilitado¹⁰² às informações sobre o tratamento, portabilidade de dados¹⁰³, informação prévia sobre mudanças de finalidade¹⁰⁴, revisão de decisões tomadas por meios automatizados¹⁰⁵, responsabilização dos agentes que realizaram o tratamento, dentre outras.

¹⁰⁰ LEI Nº 13.709/2018: Art. 8º § 5º O consentimento pode ser revogado a qualquer momento mediante manifestação expressa do titular, por procedimento gratuito e facilitado, ratificados os tratamentos realizados sob amparo do consentimento anteriormente manifestado enquanto não houver requerimento de eliminação, nos termos do inciso VI do caput do art. 18 desta Lei. (BRASIL, 2018)

¹⁰¹ LEI Nº 13.709/2018: Art. 9º § 1º Na hipótese em que o consentimento é requerido, esse será considerado nulo caso as informações fornecidas ao titular tenham conteúdo enganoso ou abusivo ou não tenham sido apresentadas previamente com transparência, de forma clara e inequívoca. (BRASIL, 2018)

¹⁰² LEI Nº 13.709/2018: Art. 9º O titular tem direito ao acesso facilitado às informações sobre o tratamento de seus dados, que deverão ser disponibilizadas de forma clara, adequada e ostensiva acerca de, entre outras características previstas em regulamentação para o atendimento do princípio do livre acesso. (BRASIL, 2018)

¹⁰³ LEI Nº 13.709/2018: Art. 18 O titular dos dados pessoais tem direito a obter do controlador, em relação aos dados do titular por ele tratados, a qualquer momento e mediante requisição: V - portabilidade dos dados a outro fornecedor de serviço ou produto, mediante requisição expressa e observados os segredos comercial e industrial, de acordo com a regulamentação do órgão controlado. (BRASIL, 2018)

¹⁰⁴ LEI Nº 13.709/2018: Art. 9º § 2º Na hipótese em que o consentimento é requerido, se houver mudanças da finalidade para o tratamento de dados pessoais não compatíveis com o consentimento original, o controlador deverá informar previamente o titular sobre as mudanças de finalidade, podendo o titular revogar o consentimento, caso discorde das alterações. (BRASIL, 2018)

¹⁰⁵ LEI Nº 13.709/2018: Art. 20. O titular dos dados tem direito a solicitar a revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses, incluídas as decisões destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade. (BRASIL, 2018)

Quanto ao artigo referente à revisão de decisões tomadas por meios automatizados, o art. 20, da Lei, é importante pontuar que ele foi alterado pela Medida Provisória nº 869/2018. O artigo garante aos indivíduos o direito de solicitar a revisão de “decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais” (BRASIL, 2018). Acontece que, a redação anterior trazia no seu bojo a possibilidade de solicitar a revisão “por pessoa natural”, expressão suprimida pela Medida Provisória em voga. O que se questiona é que, com a supressão da “pessoa natural”, a revisão a tratamentos automatizados de dados será exercida, na prática, pelos mesmos mecanismos automatizados que geraram o erro inicial. Ou seja, impede uma reavaliação efetiva, o que violaria o objetivo do próprio artigo.

Destaca-se também a figura da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD). Inicialmente, quando da sanção da LGPD, o então presidente Michel Temer vetou os artigos relativos à criação desse órgão de fiscalização da matéria, alegando vício formal do processo legislativo, uma vez que a sua criação seria de competência do Executivo. Com isso, diversos artigos da Lei ficaram sem eficácia pois estavam condicionados à uma autoridade que não existia, gerando uma debilidade na lei, fortemente criticada.

A Medida Provisória nº 869/2018, então, aparece para sanar a debilidade da Lei, recriando a ANPD e o Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade. O art. 55 da LGPD, inicialmente vetado, agora, desdobrado em letras, regula a estrutura, as características e competências da ANPD.

Entretanto, a nova redação dada pela medida provisória aparece de maneira diversa da redação original constante no Projeto de Lei nº 53/2018, e a principal modificação foi a instituição da ANPD como pertencente à administração pública direta, integrante da Presidência da República.

No Projeto de Lei aprovado, a ANPD possuía um regime autárquico especial, vinculada ao Ministério da Justiça. Já no atual cenário, a Autoridade Nacional fica vinculada institucional e financeiramente à Presidência deixando de ter a autonomia necessária para regular e proteger efetivamente os direitos previstos na Lei.

O objetivo da lei é proteger o cidadão do uso abusivo e indiscriminado dos seus dados, entretanto, ainda é um pouco cedo para tratar o assunto como definitivo. Após a edição da Medida Provisória nº 869/2018, diversas propostas de emendas foram oferecidas, principalmente no tocante à autonomia funcional e financeira da ANPD e quanto a revisão por pessoa natural para decisões totalmente automatizadas. Tais pontos são cruciais para o

adequado funcionamento da Lei Geral de Proteção de Dados. Ademais, fica evidente que a nova lei é indispensável e o crescente debate sobre a temática corrobora para que se siga o caminho ansiado, qual seja, a efetiva tutela da privacidade em sua dimensão de proteção de dados pessoais.

Resta saber, se, com tais mecanismos de proteção, através da imposição de limites ao modo como informações são processadas e negociadas e do esforço em dar mais poder às pessoas no controle do fluxo de suas informações pessoais, diante do contexto do Capitalismo de Vigilância, voltado à regulação social dos mercados, é possível observar a preservação da privacidade na sociedade da informação.

4 O PARADIGMA DA PRIVACIDADE

Durante uma grande parte da história, a privacidade estava pouco ou nada presente na vida das pessoas. A ascensão da classe média dotada de propriedades conferiu ao homem o refúgio do seu próprio “castelo”, e as massas passaram a desfrutar da privacidade – do direito de estar só – que, ao tempo, existia sem vigilância.

Somente após a aquisição de riqueza e propriedade privada que o direito à privacidade vem surgir. Nesta toada, o capitalismo era aliado da privacidade, pois, associado ao acúmulo de riquezas, as pessoas comprariam espaços privados, desfrutariam de serviços privados, dentre outros.

Como visto, inicialmente a privacidade era associada a um caráter patrimonialista, para depois ser observada como um direito fundamental da personalidade, trazendo a pessoa para o centro de tal direito. A privacidade, então, ao evoluir, deixa de ser associada a qualquer questão que não seja relacionada com o desenvolvimento da personalidade humana.

A evolução das tecnologias da informação e da comunicação gera a difusão excessiva de informações, e com isso, a necessidade de proteção dos dados pessoais, então, o discurso sobre a privacidade associa-se às questões relacionadas a dados pessoais, no contexto da sociedade da informação. As tecnologias da informação e da comunicação “têm um caráter invasivo, apoderam-se das relações sociais e pessoais, das transações comerciais, das atividades políticas. Vida privada, mercado, democracia transformam-se quotidianamente.” (RODOTÀ, 2008, p. 142)

Ademais, os dados pessoais, no contexto do *Big Data*, com a utilização de algoritmos de inteligência artificial para seu tratamento, adquirem valor e desencadeiam o surgimento do capitalismo de vigilância. Nesse passo:

A Internet, a dilatação do *ciberespaço*, a expansão do comércio eletrônico contribuíram fortemente para as “transformações da intimidade”. E contribuíram fortemente para muitas das “consequências pessoais do capitalismo”, fazendo nascer o homem flexível. Nesse contexto, a privacidade está se tornando mais necessária, e mais frágil. (RODOTÀ, 2008, p. 143)

Com a evolução do direito à privacidade pode-se observar que a dignidade da pessoa humana, fundamento da república, é basilar para tal direito fundamental, entretanto, isso não

era visto anteriormente. A privacidade não era vista como um traço básico da existência humana, mas era subordinado a um arranjo econômico. Como também a noção básica de privacidade em um país capitalista era voltada para onde estivesse o dinheiro.

E, incrivelmente, hoje, pode-se dizer que a privacidade, apesar de toda evolução, no contexto do capitalismo de vigilância voltou à subordinação ao arranjo econômico, porém de maneira inversa, pois, àquela época, ocorreu a sua ascensão, e agora, seu declínio.

O capitalismo que permitiu a privacidade outrora, agora pode arruiná-la. Pode-se dizer que privacidade venceu no século XX. Naquela época a vigilância não era lucrativa, pois não haviam tecnologias desenvolvidas para tanto, fazendo com que o custo fosse caro.

Hoje, as novas tecnologias transformaram a vigilância em massa em teoria de valor, que modificou os aspectos econômicos da privacidade. O capitalismo muda de lado no século XXI, na era da vigilância constante, quando as redes de dados e vigilância são criadas para um propósito e podem ser usadas para outros.

Acerca da configuração do mundo gravitado em redes:

a contradição entre duas tendências igualmente decisivas na configuração de nosso mundo. De um lado, a formação de um mundo de redes que articula as atividades estruturantes das sociedades em todos os âmbitos. Tal é a globalização, que consiste em uma rede global de redes globais nas quais se integra o essencial das finanças, da economia, da comunicação, do poder, da ciência e da tecnologia. Qualquer atividade relevante, em qualquer lugar do mundo, gravita em direção a essas redes nas quais se concentram o poder, a riqueza, a cultura e a capacidade comunicativa. (CASTELLS, 2018, p. 71)

É necessária, pois, a reflexão acerca de como a privacidade está sendo observada no contexto atual do capitalismo de vigilância, relacionada à necessidade de proteção de dados pessoais no ambiente virtual em decorrência da massificação das informações.

Diante disto, leis surgem com o intuito de tutelar a privacidade e os dados pessoais. E, apesar de chegarem tarde, mais tarde ainda serão efetivamente implementadas no ordenamento jurídico brasileiro¹⁰⁶. Há de se pensar o quanto a tecnologia pode avançar em 24 meses (tempo para a Lei 13.709/2018 entrar em vigor), de fato. Os passos da tecnologia são rápidos, e, com a

¹⁰⁶ A lei nº 13.709/2018, entrará em vigor vinte e quatro meses após a data da sua publicação (art. 65 da Lei). (BRASIL, 2018)

economia atrelada à evolução tecnológica, dificilmente será observada a proteção total e iminente a todas as afrontas à privacidade.

O regulamento europeu e o brasileiro objetivaram deixar a privacidade em uma posição confortável – protegida e assegurada. O enfoque da dimensão dado à privacidade na vertente de proteção e controle de dados pessoais soou necessário no atual contexto informacional e digital. Para tanto, fez-se necessária a implementação de legislações como as expostas.

Ressalta-se que os mecanismos trazidos pelas legislações foram importantes para que não se deixasse sem regulamentação certos aspectos fundamentais no uso e tratamento de dados pessoais. Como visto, as legislações analisadas tentam passar o poder do controle dos dados pessoais para os usuários através da necessidade do consentimento, auxiliam a tutela com a fiscalização do tratamento de dados pessoais, responsabilizarão as empresas que violarem as regras impostas, dentre diversos mecanismos de zelo e tutela para com os direitos em questão.

Tais mecanismos já foram analisados, porém, é importante ressaltar algumas problemáticas de alguns pontos trazidos nas legislações e em especial, na legislação brasileira, para que se possa compreender a privacidade na atualidade.

Um ponto crucial na temática da privacidade é a necessidade de consentimento do usuário para o uso e o tratamento de dados pessoais. Tal ponto, não menosprezando diversos aspectos importantes das legislações em comento, buscou inserir a privacidade em um novo caminho. Porém, em determinadas situações, mesmo “o consentimento livre, informado, expresso, em cláusula apartada e destacada, renovado quando em contratos de longa duração, com finalidades estritas e restritas, se mostra impróprio para tratar de toda e qualquer atividade que envolva o tratamento de dados pessoais” (GOMES, 2018), no contexto da sociedade da informação, mostra-se, por vezes, um instituto “anêmico” (GOMES, 2018). E completa:

Na sociedade da informação, onde já se afirmou que a privacidade morreu, não é raro se deparar com autores defendendo uma revisitação da tutela da privacidade, de forma que o consentimento não seria suficiente a suprir integralmente os anseios desta nova realidade trazida pela tecnologia, especialmente com o big data. (GOMES, 2018, p. 241)

Destarte, alguns doutrinadores falam na “crise do consentimento”, abarcando que o papel do consentimento na proteção de dados pessoais tem mudado e, aos poucos, perdido sua centralidade (SCHERMER; CUSTERS; HOF, 2014). Com o *Big Data*, tem sido crescente o

ceticismo acerca da efetividade do consentimento na proteção de dados pessoais, baseados na autodeterminação informacional, que segundo Solove (2013) apresenta obstáculos, a saber: as pessoas não leem as políticas de privacidade; se as pessoas lessem, elas não entenderiam tais políticas; se as pessoas lessem e entendessem as políticas de privacidade, elas geralmente não possuiriam um conhecimento prévio para tomar uma decisão informada; se as pessoas lessem as políticas de privacidade, as entendessem e forem aptas a tomar uma decisão informada, geralmente não seriam oferecidas a elas as escolhas que melhor definissem suas preferências.

Ademais, diversas críticas sobre a não implementação inicial da Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD na legislação brasileira e a sua posterior inclusão pela Medida Provisória nº 869/2018 com mudanças significativas do que constava no Projeto de Lei nº 53/2018, fizeram como que se questionasse a efetiva tutela aos dados pessoais e em consequência à privacidade.

Como visto, após a edição da Medida Provisória nº 869/2018, diversas propostas de emendas foram oferecidas, principalmente no tocante à autonomia funcional e financeira da ANPD. O fato de a ANPD ficar subordinada à Presidência da República pode deixar o órgão muito suscetível a influências dos interesses políticos e não da sociedade civil.

Outro ponto problemático na legislação brasileira seria a mudança após a edição da Medida Provisória quanto à supressão da expressão “por pessoa natural” para decisões totalmente automatizadas, fazendo com que a revisão a tratamentos automatizados de dados fosse exercida pelos mesmos mecanismos automatizados que geraram o erro inicial, impedindo uma reavaliação efetiva. Tal mudança também está questionada através das emendas oferecidas.

Em sucinta análise às legislações, percebe-se que existem algumas problemáticas que impedem de certa maneira a necessária tutela suscitada quando da regulação. O *GDPR*, regulamento mais antigo que a legislação brasileira, mostrou através de seus relatórios anuais¹⁰⁷, que tem ainda um longo caminho a seguir. O caminho da legislação brasileira, portanto, ainda é especulativo diante da projeção para 2020 da vigência da lei.

Stefano Rodotà ao ser entrevistado por Danilo Doneda (2017, p. 1), aduziu, referindo-se ao *GDPR*, que a privacidade é um desafio em constante construção. Para tal autor, com as

¹⁰⁷ Para leitura dos relatórios anuais, acessar https://edps.europa.eu/annual-reports_en.

atuais construções legislativas auxiliando, a (re)construção da privacidade na sociedade da informação poderia ser concluída:

O que sei é que temos que caminhar, gradualmente, para uma situação em que cada pessoa tenha a plena consciência da sua pegada digital e formas de garantir o direito à sua autodeterminação. O direito à autodeterminação informacional (e as suas formas concretas de protecção, mesmo normativas) constitui um desafio em constante construção. A aplicação plena, no nosso Direito, do novo Regulamento Geral de Protecção de Dados, também a partir de Maio, acompanhado da lei nacional que o vem concretizar será um ponto importante de resposta à sua questão. (DONEDA, 2017, p. 1)

As legislações auxiliam, de fato, a proteção de dados pessoais e levantam a reflexão da tutela da privacidade na sociedade da informação. Muito pode mudar ou não, nas questões de implementação e efetivação de proteção de dados pessoais, mas o que se pode perceber é que, com os atuais mecanismos de proteção, a privacidade foi reconstruída e suscitou-se ainda mais a sua tutela contra as mazelas que o mundo informacional impõe.

Porém, tais mecanismos de proteção, técnicos na forma, diante do contexto do capitalismo de vigilância, não seriam suficientes para que efetivamente a privacidade, mergulhada em seu aspecto econômico, seja uma realidade na sociedade da informação.

A privacidade, nesse contexto atual em que está inserida, mostra-se em processo de desintegração, necessitando de auxílios, além do Direito, para ser reerguida.

O que se levanta é a reflexão acerca do teor econômico em se que encontram os dados pessoais, e, em como o capitalismo de vigilância impede que a tutela da privacidade seja efetivada pelos mecanismos de proteção existentes, independente dos problemas legislativos sanáveis.

Acerca do risco da sociedade conectada, da privacidade como produto de mercado e da necessidade da proteção da privacidade através de leis, asseverou Castells, que:

na era da internet, não há mais privacidade, ainda que seja necessário continuar protegendo-a com leis. Os governos interferem legalmente ou ilegalmente na rede, as empresas utilizam os dados pessoais e os vendem, e quem pode inteirar-se da vida dos outros por meio da rede o faz. O que é novo é que antes só o poder podia espionar, e agora, qualquer cidadão com um celular pode gravar os poderosos. E, realmente, os dados pessoais são mercadorias e as empresas de internet prestam serviços que são pagos com dados pessoais. Existem hoje no Vale do Silício pequenas empresas inovadoras que protegem dados pessoais em troca de poderem vendê-los eles próprios com melhores condições de privacidade. (CASTELLS, 2013, p. 1)

Aduziu-se, que, independentemente de como a privacidade seja vista na atualidade – seja como inexistente ou não, a tutela através do Direito deve ser levantada e deve evoluir com as novidades trazidas pelo mundo informacional. Afinal, ao sustentar que a proteção dos dados pessoais é uma extensão da proteção à personalidade do indivíduo, ancorada, esta, pela dignidade da pessoa humana, deve ser protegida pelo Direito.

Rodotà (2008) complementa que a proteção de dados pessoais não é simplesmente um direito individual. É um direito fundamental voltado à regulação social dos mercados, à imposição de limites ao modo como informações são processadas e negociadas, ao esforço por dar mais poder às pessoas no controle do fluxo de informações gerado por elas próprias, mas manejados por grandes corporações. É uma questão de democracia e de equilíbrio de poder.

Acquisti (2010) argumenta que a privacidade tem relação com eficiência na economia, porque afeta mercados em competição perfeita, em que os agentes deveriam ter informações completas. Por outro lado, a proteção da privacidade pode criar interferências no mercado, já que omite informações relevantes dos usuários.

Percebe-se que a vigilância ativa é parte dos negócios, voltando a privacidade, então, à servidão vista nos primórdios. Observa-se que o fator econômico trazido à privacidade pelo capitalismo de vigilância, compromete a tutela oferecida pelas legislações de proteção de dados pessoais.

O futuro não é premeditado. As pessoas querem as suas privacidades de volta, querem uma proteção, no entanto, as leis auxiliam tecnicamente a tutela, porém, não são elas que deverão mudar fundamentalmente o aspecto econômico da privacidade:

a conclusão não pode ser a expectativa de uma tutela da privacidade mais intensa e adequada à mudança dos tempos. Esforços nessa direção seriam totalmente inúteis. Os interesses econômicos eliminam os espaços de privacidade e, portanto, somente a forma com que esses interesses se configuram e operam pode oferecer, no futuro, alguma possibilidade de tutela. Nessa perspectiva, a privacidade é confiada à história, não às regras. A tutela pode vir do mercado, não do direito. (RODOTÀ, 2008, p. 144)

Isto posto, não se pode achar que o Direito, com a implementação e aplicação das legislações, vai solucionar o problema da privacidade na atualidade. Na senda econômica, o futuro da economia global poderá delimitar os ajustes necessários ao auxílio na proteção da privacidade dos indivíduos, perfazendo um equilíbrio com o Direito.

Há muito o que se questionar acerca da tutela da privacidade na contemporaneidade, levantando-se ideias que, somente através da consciência de inserção do indivíduo em um sistema no qual o capitalismo de vigilância atua e desprotege a sua privacidade, busquem maneiras de solução futuras. Os indivíduos, diretamente interessados na tutela da privacidade e nas facilidades que o mundo informacional proporciona, devem estar inseridos e conscientes dos riscos que existem.

A sociedade tem que estar preparada para superar o paradoxo da privacidade¹⁰⁸. Trata-se da inconsistência entre as preocupações das pessoas em relação à privacidade e o seu real comportamento *on-line* (WEINBERGER; BOUHNICK; ZHITOMIRSKY-GEFFET, 2017).

Baek (2014) afirma que há duas linhas de explicação para o paradoxo da privacidade. A primeira explicação argumenta que o baixo nível de conhecimento e conscientização do público faz com que ele tenha comportamento de risco. Os usuários têm preocupação com a privacidade, mas a ignorância induz a divulgar dados pessoais indevidamente. A segunda explicação sugere que as preocupações de privacidade, expressas pelos usuários, são superficiais e, na realidade, eles estão dispostos a fornecer informações em troca de benefícios.

Acerca de tal aspecto da social, associado ao aspecto econômico da privacidade, Acquisti (2010) sugere que a privacidade dependa do valor que cada uma das partes dá aos dados pessoais e depende pouco da regulamentação. Ou seja, se o usuário valoriza mais seus dados pessoais do que as empresas de tecnologia, então seus dados estariam protegidos.

Percebe-se que o paradoxo da privacidade atrela-se à comparação do comportamento real com as declarações do usuário sobre privacidade. O comportamento real é medido pelo fornecimento de informações pessoais. No entanto, o usuário também pode manifestar estratégias de proteção de dados, como a recusa do fornecimento dos dados, o fornecimento de dados falsos, a desinstalação de recursos de localização em aparelhos conectados, etc. (BOYLES; SMITH; MADDEN, 2012).

A vida contemporânea está cada vez mais mediada pelas tecnologias da informação e a consciência dessas tecnologias, influenciaria no entendimento dessa mediação e poderia proporcionar uma emancipação humana, pois, atualmente, o indivíduo/usuário é programado e não programador, e não teria como o Direito interferir nesta senda.

¹⁰⁸ Há quem aduza que não seja entendido como um paradoxo, mas sim como um dilema atual (KOKOLAKIS, 2015).

O grande perigo é a interiorização e aceitação de que a vigilância constante dos dados pessoais seja algo normal, e a autocensura dos próprios comportamentos, hábitos e conversas seja uma realidade dos indivíduos que acabarão por perder não só a privacidade, mas a completa liberdade individual.

Castells (2003) ainda propõe uma reflexão sobre a responsabilidade social do indivíduo no controle da tecnologia, sugerindo que para direcionar os artefatos tecnológicos seria necessário a conscientização de que a democracia participativa e a mudança política são imprescindíveis para o enfrentamento dos desafios da sociedade em rede na era da informação.

Adaptando-se a reflexão de Pierre Lévy (1999, p. 11), não se deve achar que a lei possa resolver, “em um passe de mágica, todos os problemas culturais e sociais do planeta”, mas deve-se reconhecer que o que se vive é “a abertura de um novo espaço de comunicação”, cabendo apenas “explorar as potencialidades mais positivas deste espaço nos planos econômico, político, cultural e humano”.

Não há como recuar quando o assunto envolve economia. A vigilância dos dados pessoais move a economia na atualidade. O direito não ficou omissor e atuou em seu papel de aplicador dos mecanismos legislativos aos casos concretos de prevenção e violação à privacidade. O auxílio de tais mecanismos se fez imprescindível. Agora, resta saber se a sociedade está preparada para superar o paradoxo da privacidade, adquirindo consciência e contribuindo socialmente para que a economia e o direito evoluam na sociedade da informação diante das transformações observadas.

Trata-se, pois, da necessidade de um verdadeiro equilíbrio econômico, social e jurídico. O fator econômico advindo do capitalismo de vigilância, somente o futuro da economia global poderá definir. Quanto ao fator social, observado o binômio necessidade de proteção e necessidade de exposição, cabe a consciência do indivíduo diante das transformações tecnológicas. E ao fator jurídico, cabe aplicar as inovações legislativas apontadas como protetoras dos direitos fundamentais, como a privacidade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No atual contexto da sociedade da informação, marcado pela complexidade das relações sociais e pela revolução tecnológica dos meios de comunicação, principalmente a internet, as informações são instantaneamente compartilhadas e perenizadas no ambiente virtual.

O ciberespaço conecta pessoas e fornece informações para todo o mundo, entretanto, a exacerbada difusão dessas informações acaba comprometendo a privacidade das pessoas que não detêm controle sobre seus dados pessoais.

O direito à privacidade, ao longo dos anos, evoluiu e se adaptou à realidade da sociedade em que está inserida. Com o surgimento da internet acentuou-se a preocupação com o direito à privacidade e principalmente com a sua dimensão de proteção de dados pessoais. Questionou-se o que estava acontecendo com a privacidade dos indivíduos nesse contexto.

Com a evolução das tecnologias da informação e da comunicação, associadas a um novo paradigma do sistema capitalista, surge o Capitalismo de Vigilância. Através dos circuitos de alta velocidade do universo digital, oportunos para a massificação de um grande fluxo de dados, surge essa nova subespécie do capitalismo, na qual os lucros derivam da vigilância e da modificação unilateral do comportamento humano.

Trata-se, pois, de uma lógica econômica parasita, na qual a produção de bens e serviços é subordinada à nova arquitetura global de modificação do comportamento para geração de lucros, em decorrência da explosão de dados no ambiente digital pelo *Big Data*, associada ao uso de inteligência artificial com a técnica do *Deep Learning*, utilizando algoritmos capazes de criar perfis comportamentais dos usuários, e estes passam a servir de matéria-prima para as empresas lucrarem muito mais através de direcionamentos categorizados.

Essa nova modalidade de capitalismo, também conhecida como capitalismo de dados ou capitalismo de informação, então, monetiza os dados por vigilância, de maneira que as informações fornecidas ou qualquer movimentação dentro das plataformas digitais, possam ser vendidas, após tratamento, e o preço é caro.

A privacidade é cara e um novo perfil que possa mostrar para empresas o que o usuário deseja, influenciando e modificando o comportamento, é a melhor propaganda para que se atinja o lucro. A predição de comportamento do ser humano se transformou em lucro para as empresas.

Nesse panorama, cada vez mais as pessoas manifestavam o interesse de poder controlar seus dados pessoais, entretanto careciam de ferramentas para suscitar tal direito.

Surgiram, então, legislações passíveis de tornar o que era um questionamento num vislumbre de efetiva proteção à privacidade e sua dimensão de proteção de dados pessoais. A possibilidade de controle dos dados pessoais para os usuários através da necessidade do consentimento, a fiscalização do tratamento de dados pessoais, a responsabilização das empresas que violarem as regras impostas, dentre diversos mecanismos de zelo e tutela para com os direitos em questão, aparecem como uma vertente do princípio da dignidade da pessoa humana.

Percebeu-se que as legislações de proteção de dados pessoais foram de fundamental importância para que não se deixasse sem regulamentação certos aspectos fundamentais para seu uso e tratamento. Entretanto, constatou-se que existem algumas problemáticas que impedem, de certa maneira, a tutela suscitada na regulação, que podem ser sanáveis com o longo caminho que a legislação brasileira ainda tem a percorrer.

Com a regulação trazida pelas legislações, o controle de dados pessoais poderia ser uma realidade e a privacidade adotaria uma nova roupagem e um novo escudo. Entretanto, através da emergência da nova modalidade de capitalismo, foi feita uma reflexão sobre se tais mecanismos jurídicos de proteção, técnicos na forma, seriam suficientes para que a privacidade estivesse protegida e efetivada, diante do capitalismo de vigilância, no contexto da sociedade da informação.

O viés econômico dos dados pessoais, através da constante vigilância do mundo informacional, levantou aspectos além do Direito que podem colaborar para o caminho a ser perseguido pela privacidade frente à tecnologia.

Constatou-se que esforços para a tentativa de uma efetiva tutela baseada exclusivamente no Direito seriam totalmente inúteis. Os interesses econômicos eliminaram os espaços de privacidade, e, portanto, caberia ao futuro da economia, através da evolução do mercado global, algum vislumbre de tutela.

Mostrou-se que a consciência de inserção do indivíduo em um sistema no qual o capitalismo de vigilância atua e desprotege a sua privacidade, precisa ser trabalhada para que, socialmente, se chegue a uma emancipação humana.

Comprovou-se que os mecanismos de proteção de dados pessoais analisados, apesar de atuarem no avanço da tutela da privacidade e dos dados pessoais, não são suficientes para

que a privacidade seja uma realidade no atual contexto do capitalismo de vigilância na sociedade da informação.

Para tanto, através das constatações observadas, levantou-se que para uma efetiva tutela da privacidade seria necessário um verdadeiro equilíbrio econômico, social e jurídico. O fator econômico, advindo do capitalismo de vigilância, somente a futuro da economia global poderá definir. Quanto ao fator social, observado o binômio necessidade de proteção e necessidade de exposição, cabe a consciência do indivíduo. E ao fator jurídico, cabe aplicar as inovações legislativas apontadas como protetoras dos direitos fundamentais, como a privacidade.

Desse modo, concluiu-se que as legislações de proteção de dados pessoais em comento não são suficientes para a efetiva tutela da privacidade, por todo o exposto referente ao capitalismo de vigilância. Entretanto, elas auxiliarão na busca do equilíbrio econômico, social e jurídico, importante caminho a ser perseguido na concretização dos direitos fundamentais, para a privacidade ser uma realidade na sociedade da informação.

REFERÊNCIAS

ACQUISTI, Alessandro. **The Economics of Personal Data and the Economics of Privacy**. 2010. Disponível em: https://kilthub.cmu.edu/articles/The_Economics_of_Personal_Data_and_the_Economics_of_Privacy/6471989. Acesso em: 20 jan. 2019.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ASHTON, Kevin. **That 'Internet of Things' Thing**. 22 jun. 2009. Disponível em: <https://www.rfidjournal.com/articles/view?4986>. Acesso em: 08 jan. 2019.

BAEK, Young Min. Solving the privacy paradox: A counter-argument experimental approach. **Computers in Human Behavior**. Vol. 38. September, 2014. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/263127708_Solving_the_privacy_paradox_A_counter-argument_experimental_approach. Acesso em: 20 jan. 2019.

BARROSO, Luis Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: A construção de um conceito jurídico à luz da Jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2013

_____. Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 235, p. 1-36, jan. 2004. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123>. Acesso em: 30 mai. 2018

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, jan. 2015. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>. Acesso em: 12 mai. de 2018.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

_____. **Vigilância líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2013.

BENTHAM, Jeremy. **O panóptico**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2008.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais: A Função e os Limites do Consentimento**. São Paulo: Editora Forense, 2019.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 6a ed. rev., atual. e ampl. de acordo como o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

BITTAR, Eduardo. C. B. Internet, cyberbullying e lesão dos direitos da personalidade: o alcance atual da teoria da reparação civil por danos morais. Homenagem a José de Oliveira Ascensão. SIMÃO, José Fernando; BELTRÃO, Silvio Romero (Coord.). **Direito Civil: estudos em homenagem a José de Oliveira Ascensão**. São Paulo: Atlas, 2015.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 11. ed. Tradução por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 1-61.

BOYLES, Jan Lauren; SMITH, Aaron; MADDEN, Mary. **Privacy and Data Management on Mobile Devices**. 2012. Disponível em: <https://www.pewinternet.org/2012/09/05/privacy-and-data-management-on-mobile-devices/>. Acesso em: 20 jan. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 jun. 2018.

_____. **Decreto nº 8.771/2016**. Regulamenta a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8771.htm. Acesso em: 26 jun. 2018.

_____. Lei nº 12.527/2011. **Lei de Acesso à Informação**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 26 jun. 2018.

_____. Lei nº 12.965/2014. **Marco Civil da Internet**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 26 jun. 2018.

_____. Lei nº 13.709/2018. **Lei Geral de Proteção de Dados**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm. Acesso em: 07 mar. 2019.

_____. **Projeto de Lei 53/2018**. Dispõe sobre o tratamento e a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/redacao-final-pl-protacao-dados.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2018.

BRITO, Samuel Henrique Bucke. **IPv6: o novo protocolo da Internet**. São Paulo: Novatec, 2014.

BRUNO, Fernanda. **A economia psíquica dos algoritmos: quando o laboratório é o mundo**. MediaLab – UFRJ. 2018. Disponível em: <http://medialabufrj.net/publicacoes/2018/a-economia-psiquica-dos-algoritmos-quando-o-laboratorio-e-o-mundo/>. Acesso em: 12 jun. 2018.

CANCELIER, Mikhail Vieira de Lorenzi. O direito à privacidade hoje: perspectiva histórica e o cenário brasileiro. **Seqüência**: Estudos Jurídicos e Políticos. Florianópolis, v. 38, n. 76, p. 213-240, set. 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2017v38n76p213>. Acesso em: 24 jun. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo: elementos para uma definición. MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Márcio. **20 anos da Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARIBÉ, Joao Carlos. **Seus dados são você, como os dados que você compartilha involuntariamente permitem ao Facebook lhe conhecer melhor do que você mesmo**. 2018. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/326402588_Seu_dados_sao_voce_como_os_dados_que_voce_compartilha_involuntariamente_permitem_ao_Facebook_lhe_conhecer_melhor_do_que_voce_mesmo. Acesso em: 15 jul. 2018.

CASTELLS, Manuel. **A galáxia da Internet**: reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

_____. **A rede torna mais difícil a opressão**. 2013. Disponível em <https://gauchazh.clicrbs.com.br/cultura-e-lazer/noticia/2013/06/a-rede-torna-mais-dificil-a-opressao-diz-manuel-castells-4164803.html>. Acesso em 15 jan. 2019.

_____. **A sociedade em rede – a era da informação**: economia, sociedade e cultura. Volume I. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

_____; CARDOSO, Gustavo (Orgs.). **A Sociedade em Rede**: do conhecimento à acção política. Belém (Por): Imprensa Nacional, 2005.

_____. **Ruptura: A crise da democracia liberal.** Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

CASTRO, Catarina Sarmiento e. **Direito da Informática, Privacidade e Dados Pessoais.** Coimbra: Almedina, 2005.

CHEHAB, Gustavo Carvalho. **A privacidade ameaçada de morte.** São Paulo: LTr, 2015.

CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. **Manual da Legislação Europeia sobre Proteção de Dados.** 2014. Disponível em: fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-handbook-data-protection-pt.pdf. Acesso em: 24 jun. 2018.

COSTA, Luiz. Liberdade de Informação e Privacidade como liberdade. SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord). **Liberdade de Expressão no Século XXI.** Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

COSTA JÚNIOR, Paulo José. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade.** 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

COUNCIL OF EUROPA. European Treaty Series –n.108. **Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data.** Strasbourg, 28 jan. 1981. Disponível em: <http://www.coe.int/>. Acesso em: 06 jun. 2018.

_____. 128th Session of the Committee of Ministers. **Modernised Convention for the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data – Consolidated tex.** Elsinore, Denmark, 17-18 May 2018. Disponível em: <http://www.coe.int/>. Acesso em: 06 jun. 2018.

_____. **Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms**. Rome, 04 November 1950. Disponível em: <http://www.coe.int/>. Acesso em: 06 jun. 2018.

CRAWFORD, Kate; SCHULTZ, Jason. **Big Data and Due Process: Toward a Framework to Redress Predictive Privacy Harms**. 55 B.C.L. Rev. 93 (2014). Disponível em: <http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol55/iss1/4>. Acesso em: 29 jan. 2019.

CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas; SANTOS, Coriolano Aurélio de Almeida Camargo. Como será o futuro dos negócios com a vigência do Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu?. PINHEIRO, Patricia Peck (Coord.) **Direito Digital Aplicado 3.0**. 1 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

DIAKOPOULOS, Nicholas. Algorithmic accountability reporting: on the investigation of black boxes. **Town Center for Digital Journalism**. 2013. Disponível em: http://towcenter.org/wpcontent/uploads/2014/02/78524_Tow-Center-Report-WEB-1.pdf. Acesso: 10 fev. 2019.

DONEDA, Danilo. Considerações iniciais sobre os bancos de dados informatizados e o direito à privacidade. TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Entrevista com Stefano Rodotà**. 2017. Disponível em: <http://www.doneda.net/2017/06/23/entrevista-com-stefano-rodota/>. Acesso em: 30 jun. 2018.

FARIAS, Edmilsom Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 3 ed. Porto Alegre: Sergio Natonio Fabris Editor, 2008.

FELZEMBURG, Daniel Martins. Direitos fundamentais no reino unido: um estudo do *human rights act*. In: **PRISMAS**: Dir., Pol. Pub. e Mundial. Brasília, v.3, n, 2, p 217-242, jul/dez., 2006.

FIGUEROA, Alfonso García. A teoria do direito em tempos de constitucionalismo. In. MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Márcio. **20 anos da Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 1987.

FURLAN, Patricia Kuzmenko; LAURINDO, Fernando José Barbin. Agrupamentos epistemológicos de artigos publicados sobre big data analytics. **TransInformação**. 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/tinf/v29n1/0103-3786-tinf-29-01-00091.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2019.

GOMES, Rodrigo Dias de Pinho. **Big Data**: desafios à tutela da pessoa humana na sociedade civil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

_____. Desafios à privacidade: Big Data, consentimento, legítimos interesses e novas formas de legitimar o tratamento de dados pessoais. **Privacidade em perspectivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. Disponível em: https://itsrio.org/wp-content/uploads/2018/06/Privacidade-em-perspectivas_DTP.pdf. Acesso em 20 fev. 2019.

GUARDIA, Andrés Felipe Thiago Selingardi. **Teoria Geral da Proteção de Dados**. O Tratamento de Dados como Relação Jurídica. São Paulo: Max Limonad, 2014.

GUASTINI, Riccardo. A constitucionalização do ordenamento jurídico e a experiência italiana. SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes (Org.); SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Org.). **A Constitucionalização do Direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GUNKEL, David J. Communication and Artificial Intelligence: Opportunities and Challenges for the 21st Century. In: **Communication +1**: Vol. 1. 2012. Disponível em: <https://scholarworks.umass.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1007&context=cpo>. Acesso em: 02 fev. 2019.

KANT, Immanuel. **Antropologia de um Ponto de Vista Pragmático**. Tradução de Clélia Aparecida Martins. São Paulo: Iluminuras, 2006.

KOKOLAKIS, Spyros. Privacy attitudes and privacy behaviour: A review of current research on the privacy paradox phenomenon. **Computers & Security**. 2015. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/280244291_Privacy_attitudes_and_privacy_behaviour_A_review_of_current_research_on_the_privacy_paradox_phenomenon. Acesso em: 02 fev. 2019.

LACERDA, Flavia.; LIMA-MARQUES, Mamede. Da necessidade de princípios de arquitetura da Informação para a Internet das Coisas. In: **Perspectivas em Ciência da Informação**. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-99362015000200158&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 02 fev. 2019.

LANEY, Doug. **Data Management - Controlling Data Volume, Velocity and Variety**. META GROUP. Publicado em: 06 fev. 2001. Disponível em: <http://blogs.gartner.com/doug-laney/files/2012/01/ad949-3D-Data-Management-Controlling-Data-Volume-Velocity-and-Variety.pdf> . Acesso em: 09 jan. 2019.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Editora 34, 1999.

LIMBERGER, Têmis. **O direito à intimidade na era da informática**: a necessidade de proteção de dados pessoais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: RT, 1998.

MAI, Jens-Erik. Big data privacy: The datafication of personal information. **The Information Society**, v. 32, n. 3, p. 192–199. 2016.

MANCINI, Monica. **Internet das Coisas: História, Conceitos, Aplicações e Desafios**. 2018. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/326065859_Internet_das_Coisas_Historia_Conceitos_Aplicacoes_e_Desafios. Acesso em: 30 jan. 2019.

MARR, Bernard. **Big Data: Using SMART Big Data, Analytics and Metrics to Make Better Decisions and Improve Performance**. Wiley, 2015.

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. Generational development of data protection in Europe. In: AGRE, Philip E.; ROTENBERG, Marc. **Technology and privacy: the new landscape**. Cambridge: The Mit Press, 2001.

_____; CUKIER, Kenneth. **Big data: A Revolution That Will Transform How We Live, Work, and Think**. New York: Houghton Mifflin Harcourt, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica Ltda., 2000.

MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, Leandro Alvarenga. **A proteção de dados pessoais e o paradigma da privacidade**. São Paulo: All Print Editora, 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NAUGHTON, John. 'The goal is to automate us': welcome to the age of surveillance capitalismo. **The Guardian**. 2019. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2019/jan/20/shoshana-zuboff-age-of-surveillance-capitalism-google-facebook>. Acesso em: 30 jan. 2019.

NETTO, Felipe Peixoto Braga. Imagem e Imprensa na Sociedade em Rede: conexões temáticas na busca de critérios constitucionalmente consistentes de ponderação. SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord). **Liberdade de Expressão no Século XXI**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris, 1948. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>. Acesso em: 30 jun. 2018.

_____. **Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos**. Nova Iorque, 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 30 jun. 2018.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”)**. San José, 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 30 jun. 2018.

_____. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**. Bogotá, 1948. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 30 jun. 2018.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet**. Liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PALANZA, Sabrina. **Internet of things, big data e privacy: la triade del futuro**. Istituto Affari Internazionali (IAI), ottobre 2016. Disponível em:

<https://www.iai.it/en/pubblicazioni/internet-things-big-data-e-privacy>. Acesso em: 28 jan. 2019.

PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia**. 07 de dezembro de 2000. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A12012P%2FTXT>. Acesso em: 20 jun. 2018.

PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (UE) 2016/679**. Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia de 27 de abril de 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj>. Acesso em: 20 jun. 2018.

PASQUALE, Frank. **The black box society**. The secret algorithms that control money and information. Cambridge: Harvard University Press, 2015.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 3ª ed. Madri: Teccnos, 1990.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição Brasileira de 1988. QUARESMA, Regina et al. (Coord.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. **Temas de Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PIRES, Paulo F.; DELICATO, Flavia C.; BATISTA, Thais; BARROS, Thomaz; CAVALCANTE Everton; PITANGA, Marcelo. Plataformas para a Internet das Coisas. In: Magnos Martinello, Moisés Renato Nunes Robeiro, Antônio Augusto de Aragão Rocha (org.). **XXXIII Simpósio Brasileiro de Redes de Computadores e Sistemas Distribuídos – Minicursos**. Porto Alegre, RS, Brasil: SBC, 2015, pp. 110-169.

PITRUZZELLA, G.; POLLICINO, O.; QUINTARELLI, S. **Parole e Potere**: Libertà d'espressione, hate speech e fake News. Milano: EGEA, 2017.

POLIDO, Fabrício B. Pasquot; ANJOS, Lucas Costa dos; BRANDÃO, Luíza Couto Chaves; MACHADO, Diego Carvalho; OLIVEIRA, Davi Teofilo Nunes. **GDPR e suas repercussões no direito brasileiro** - Primeiras impressões de análise comparativa. IRIS - Instituto de Referência em Internet e Sociedade, 2018. Disponível em: <http://irisbh.com.br/gdpr-e-suasrepercussoes-no-direito-brasileiro>. Acesso em: 10 jan. 2019.

PONTES, Helenilson Cunha. **O princípio da proporcionalidade**. São Paulo: Dialética, 2000.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GOLDSCHMIDT, Ronaldo Ribeiro. **Uma Introdução à Inteligência Computacional: Fundamentos, Ferramentas e Aplicações**. Rio de Janeiro: IST-Rio, 2010.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: A privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RULLI JÚNIOR, Antonio; RULLI NETO, Antonio. Direito ao esquecimento e o superinformacionismo: apontamentos no direito brasileiro dentro da sociedade da informação. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, n. 1, p. 419-434, 2012. Disponível em: https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2012/01/2012_01_0419_0434.pdf. Acesso em: 20 jun. 2018.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

_____. **Teoria da Constituição e dos Direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____; MOLINARO, Carlos Alberto. O direito à informação na ordem constitucional brasileira: breves apontamentos. SARLET; Ingo Wolfgang; MARTOS, José Antonio Montilla; RUARO, Regina Linden (Coords.). **Acesso à informação como direito fundamental e dever estatal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

_____. **Livres e Iguais**: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **PARECER**: Liberdades Comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira. 2015. Disponível em: <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/21-liberdades-comunicativas-e-direito-ao-esquecimento-na-ordem-constitucional-brasileira/liberdades-comunicativas-e-direito-ao-esquecimento-na-ordem-constitucional-brasileira.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2018.

_____. **Por Um Constitucionalismo Inclusivo**: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010.

SCHERMER, B. W.; CUSTERS, Bart; HOF, S, van der. The Crisis of Consent: How Stronger Legal Protection May Lead to Weaker Consent in Data Protection. **Ethics and Information Technology**. February 25, 2014. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2412418. Acesso em dez. de 2018.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Direito e mídia**. São Paulo: Atlas, 2014.

SHIER, Paulo Ricardo. Novos Desafios da Filtragem Constitucional no momento do Neoconstitucionalismo. SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes (Org.); SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Org.). **A Constitucionalização do Direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SHINOHARA, Luciane. Inteligência Artificial, *Machine Learning* e *Deep Learning*. PINHEIRO, Patrícia Peck (Coord.). **Direito Digital aplicado 3.0**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

SILVA, Lucas Gonçalves da; NASCIMENTO, Leonardo Lessa Prado. A Constitucionalização do Direito como Paradigma para a Ciência Jurídica: o necessário cuidado para com algumas armadilhas do Neoconstitucionalismo Brasileiro. LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Newton de Menezes (Coords.). **Temas do Pensamento Constitucional Brasileiro**. Volume IV. Belo Horizonte: Arraes Editora, 2015.

_____; DETONI, Andrea Galvão Rocha. A proteção dos direitos fundamentais à luz da sociedade da informação. PORTELA, Irene (Dir.). **O Direito Constitucional e o seu papel na construção do cenário jurídico global**. Barcelos: Instituto Politécnico do Cávado e do Ave, 2016.

_____. Os direitos à intimidade e à vida privada dos trabalhadores no meio ambiente digital. In: HERRERA, Augusto Venezuela (coord.). **Ponencias magistrales y oficiales: XX Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social**. Guatemala: Peluma, 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Direitos fundamentais:** conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. 3, tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SILVA NETO, Amaro Moraes e. **Privacidade na internet:** um enfoque jurídico. Bauru: Edipro, 2001.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional.** 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

_____. **O constitucionalismo brasileiro tardio.** Brasília: ESMPU, 2016.

SOBRAL DE SOUZA, Patrícia Verônica Nunes de Carvalho; MOTA, Ana Carolina Vieira. Acesso à Informação Pública. Análise Geral da Lei 12.527/2011. SOARES, Ricardo Maurício Freire; BATISTA NETO, Antônio Rosalvo (Orgs.). **O Direito em transição.** Salvador: Ed. Dois de Julho, 2016.

SOLOVE, Daniel. Privacy self-management and the consent dilemma. **Harvard Law Review** **126:** 1880– 1903. 2013. Disponível em: <https://harvardlawreview.org/2013/05/introduction-privacy-self-management-and-theconsent-dilemma/>. Acesso em novembro de 2018.

SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo; BOTTINO, Celina. **Marco Civil da Internet:** jurisprudência comentada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional:** teoria, história e métodos de trabalho. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

SVALOV, Barbara. O direito à informação e a proteção dos direitos da personalidade. In: GOZZA, D. (Coord.). **Informação e direitos fundamentais:** a eficácia horizontal das normas constitucionais. São Paulo: Saraiva, 2012.

TAVARES, André Ramos. Liberdade de expressão-comunicação em face do direito à privacidade. MARTINS, Ives Gandra da Silva. PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge (Coords.). **Direito à privacidade**. Aparecida, SP: Ideias & Letras; São Paulo: Centro de Extensão Universitária, 2005.

TRAMONTINA, Robison; HAHN, Paulo. A noção kantiana de “dignidade humana”. ALEXY, Robert et al. **Níveis de efetivação dos direitos fundamentais civis e sociais**: um diálogo Brasil e Alemanha. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2013.

URÍAS, Joaquín. **Principios de derecho de la información**. 3. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2014.

VIANNA, William Barbosa; DUTRA, Moisés Lima; FRAZZON, Enzo Morosini. Big data e gestão da informação: modelagem do contexto decisional apoiado pela sistemografia. **Informação & Informação**. v. 21, n. 1, p. 185-212, jun. 2016. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/informacao/article/view/23327/18993>. Acesso em: 15 jan. 2019.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais**: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006.

WARREN, Samuel Dennis; BRANDEIS, Louis D. The Right to Privacy. **Harvard Law Review**, Boston, v. IV, n. 5, dez. 1890. Disponível em: http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html. Acesso em: 15 jun. 2018.

WEINBERGER, Maor; BOUHNICK, Dan; ZHITOMIRSKY-GEFFET, Maayan. Factors Affecting Students’ Privacy Paradox and Privacy Protection Behavior. **Open Information Science** 2017; 1: 3–20. Disponível em: <https://www.degruyter.com/downloadpdf/j/opis.2017.1.issue-1/opis-2017-0002/opis-2017-0002.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2019.

WEST, Sarah Myers. **Data Capitalism**: Redefining the Logics of Surveillance and Privacy. Los Angeles, CA, USA, July 5, 2017. Disponível em:

<http://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/0007650317718185>. Acesso em: 15 jul. 2018.

ZUBOFF, Shoshana. Big Other: Surveillance Capitalism and the Prospects of an Information Civilization. **Journal of Information Technology** **30**, 75-89. 2015. Disponível em <https://cryptome.org/2015/07/big-other.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2018.

_____. **The age of surveillance capitalism. The fight for a human future at the new frontier of power.** New York: Public Affairs, 2019.